

المعاني

تأليف
الشيخ الإمام العلامة ابن قدامة
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ
وتبليغه

الشيخ الإمام ابن قدامة

تأليف
الشيخ الإمام ابن قدامة
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

الجزء الخامس

المعاني



المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المغنى ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الخامس

﴿ تنبيه ﴾ وضنا كتاب المغنى في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي.

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البني و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

(باب الصلح)

الصلح معاهدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البني ، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشووزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروى عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

(مسألة) (والصلح في الاموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو بمنه حقه بدونه)

وجهة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وجهه بعض الدين وطلب منه الباقي صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وقاه فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما ولو فعل ذلك قاض

(المنفى والشرح الكبير) الخلاف في أن الصلح يكون عند الاقرار أو عند الانكار وأقسامه ٣

تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضموا عنه وفي الذي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حذرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى «يا كعب» قال ليك يا رسول الله . فأشار اليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم قاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضم عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله يفضيه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فحق المقر له ترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يحصله صلحا ، ولم يسم الخرق الصلح إلا في حال الانكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وقاه وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحا وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المنفى فتفق عليه ، وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهكذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتحكيم اذا كان بموضع سمي يما وان خلا عن الموضع سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني هبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل نجعل لك خراجا على أن نجعل بيتنا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحا

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز تضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يعمد به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم اليقنة) لأنه تبرع وليس لهم التبرع فاما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند المعجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل بعضه حالا لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وأبو حنيفة واسحاق وروى عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به ، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأساً بالمعروض ان يأخذها من حقه قبل عمله لانها تباعا بالمعروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بمن مثلها ولعل ابن سيرين يحتج بان التججيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يندل القدر الذي يحطه عوضاً عن تسجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بشرين فلم يجوز كما لو كانت معينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كيبيع درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى المعروض بمن مثلها لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقيه صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلاً اختياراً منه وتبرعاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لئنه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل اولى

(مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان صالح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷺ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية وانقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يجوز ان يصلح عنها باكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او بمن ميسر ولأنه اذا اخذ اكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لما فيكون أكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صالحه بمرض قيمته اكثر منها جاز) لأنه بيع

(فصل) (ولو صالح عن المائة الثابتة بالانلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لأنه باوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبنى له فوقه غرفة لم يصح) اذا ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه او على ان يبنى له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لأنه يصلحه عن ملكه على ملكه او منفعه وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء اخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فتي شاء انزعه منه لأنه اعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان قل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آلتها، وان اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز وان بنى الفرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلاته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويتخرج ان يملك نقضه كقولنا في الناصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الاقرار ولم يصح الصلح) لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تبين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض (مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجة لم يصح)

لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصالحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بموض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجة لانه صلح يحل حراما ولأنها لو أرادت بذل نفسها بموض لم يجوز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المتكر لاقتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البض من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى يمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة إلى اقتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لأن المدعي يأخذ عوضاً عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم ثبتت الزوجية بإقرارها أو بينة فإن قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وإن قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضاً لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد الموضين لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية فخلعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتزول عن دعواها لم يحجز لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره ، وإن دفعت إليه مالا ليقرب بطلاقها لم يحجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه المبدية إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لأنه يجوز أن يتفق عبده بمال وليشرع للدافع دفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه .
(التوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بيمين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بتقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بمائة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بمروض فيصالحه على أمان أو بالعكس فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فتكون إجارة لها حكم سائر الإجازات فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انقضت الإجارة ورجع بما صالح عنه ، وإن تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انقضت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أتمته وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقها فإن انقضى النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزويح نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في ميمها فتبين أنه ليس بسبب رجعت بارشه لا بمهر مثلها)

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فإن كان العرف به عيباً في ميمها فإن أنه ليس بسبب كياض في عين العبد ظنته عيباً رجعت بارشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فإن لم يزل العيب ولكن انقضى نكاحها بما يسقط صداقها رجعت عليها بارشه

الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له وبذكر فيه أحكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يحز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدن) وقد نهى الشارع عنه

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع البد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة والمصالح استيفاء منفعة الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وان أعتق البد في اثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح يسه فصح عتقه كغيره، والمصالح أن يستوفي قسه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك قسه لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع البد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقة والمنافق حينئذ مملوك لغيره فلم تلق منافق بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زنا او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقضى ازالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للبد هنا فكأنه حال بينه وبين منفعة

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للعتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد ولا آخر بمنعته فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة قولهم إنه اقضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن البد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد البد ميباً عيباً تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على البد عينه صح والحكم فيها اذا خرج مستحقاً أو ميباً كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زوطاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التيقية لم يحز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يحز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ما ليس بجميع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسم الارض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق لنصفه بحكم الصلح والباقي لتفريق الارض فأمكن القطع وان كان اقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطاً القطع في

الصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوطان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الحرق
الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل النعم لان باقي
الزرع ليس يبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

(مسئلة) (وبصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو ديناً اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحد في
الرجل يصلح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولاً لا يدري
ما هو، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز خبطة بقفيز شمر وطحننا فان عرف قيمة دقيق الخبطة
ودقيق الشمر بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن
أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقتها الذي لا يئنه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه
وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد
منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصلح عليه
وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا يئنه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق
فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي
لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع اليمين واليمين لا يصح على مجهول

ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في مواريت درست « استهما وتوخيا
وليحل احدهما صاحبه » رواه احمد بن حنبل وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول
كالمتاع ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلان يصح مع الجهل اولى وذلك لانه
اذا كان معلوما فلها طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو
لم يحز الصلح انقضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه
منه ولا نسلم كونه فرع يمين وإنما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع بيع فان البيع يصح في المجهول عند
الحاجة كيحس أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلغ رجل صبرة طعام لا يعلم
قدرها فقال صاحب الطعام لمتلقه بمتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح .
اذا ثبت هذا فتي كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في مواريت
دارسة وحقوق سائلة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة
من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمنع، وإن كان يحتاج الى تسليمه لم يحز مع الجهالة ولا بد من العلم
به لأن تسليمه واجب والجهالة تنمعه وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنهما معرفته كتركه موجودة أو يملكه الذي هو عليه ويجهله صاحبه فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يملكه المدعى عليه فيصالحه المحض على بعضه فان كان يعلم ما عليه فجعله فالصلح باطل)

وجملة ذلك ان الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل لله وهوب له ما كان حراما عليه والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس مانع فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق يجزئ غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلا يحل برضاه

انصلح عليه مع الجبل قال أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح انما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الزبية كلها، قال وان ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك فعاولوا بعضهم فخرجك من الميراث بالف درهم اكره ذلك، ولا يشترى منها شيئا وهي لا تعلم لعلمها تظن انه قليل وهو يعلم انه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، انما يصلح الرجل الرجل عن الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخرة لا يملكه فيصالحه قلنا اذا علم فلم يصلحه انما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الحيالة للحاجة اليه لا لبراء الذمم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الحيالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم يصلحه على من فيصح ويكون يباع في حق المدعي حتى ان وجد بما أخذه مما في رده وفسخ الصلح)

الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع ما غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومهم فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له ان يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا (الفتي والشرح الكبير) (٢) (الجزء الخامس)

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحقيقته أنه إذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى وقولهم انه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله يثبت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يستد أن يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وبخاصة من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بيمين المعاوضة في حق أخذ المتأقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنفاذاً له من الرق في حق المشتري كذا هنا . إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي معتداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يستد أن لا حق عليه فيدفع إلى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحساكم فإن ذوي النفوس الشريفة والروية يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم يذل أموالهم والمدعى يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنه الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوفى له وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه إناثي أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح القاسم يحل الحرام وإنما منعه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرمة أو صالحه بخمر أو خنزير وليس مانع من فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيعون لمن له حق بجعده فريضة أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن محل برضاه وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الترمي فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى ولأن المدعي هنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الاجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الاقرار، بحقيقته أنه إذا صح مع الاجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم انه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله يثبت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون يما في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموقوف شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال ابتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادهاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يستقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها بمن هي عنده فلم يكن يماً كاسترجاع العين المفصولة، قالوا ان كان أحدهما كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصلح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل أخذه بشراً وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يستقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أحد المتماقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستقذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح الا أن يكون المدعي مستقداً ان ما ادهاه حق والمدعي عليه يستقد أنه لا حق عليه فيقدم الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التثفل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الشريفة يصعب عليهم ذلك ويزول دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم ببذل اموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يستد ثبوته فلا يمنع الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان اخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه اكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون يماً في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وقسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً (مسئلة) (وان كان شقفاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صولح عنه بسبب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لانه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال ابتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يستقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده انه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يستقده على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وان كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل ولا محل له مال المدعى ذلك وقد ذكره الحنفي في قوله. وان كان يعلم ما عليه فجحده فالصالح باطل بشي في الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا لانعلم باطن الحال وانما ينبغي الامر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل ودعة أو قرضا أو قربة أو مضاربة فأنكره واصطلح صاحب لما ذكرناه (فصل) وان صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه ، ثم لا محل للصالح اما ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو غير اذنه لان قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فان عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا بن الميت فأجازته النبي ﷺ وان كان الصالح عن عين باذن المنكر

ملكه بالصالح ولو دفع المدعى عليه الى المدعى ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا ثبت فيه الشفعة لان المدعى يتقصد أنه استوفى بعض حقه واخذ دين ماله مسترجعا لما بمن هي عنده فلم يكن فيما كاسترجاع العين المنصوبة

(مسئلة) (فان كان أحدهما طالما يكذب نفسه فالصالح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه) متى علم أحدهما كذب نفسه كن ادعى شيئا يعلم أنه ليس له أو أنكر حقا يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لان المدعى اذا كان كاذبا فاما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضا عن حق فيكون حراما عليه كن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله ، وان كان المدعى عليه يعلم صدق المدعى وجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل لا محل له مال المدعى بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تالا لانعلم باطن الحال انما ينبغي الامر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل ودعة أو قرضا أو قربة أو مضاربة فأنكره واصطلح صاحب لما ذكرناه

(مسئلة) (فان صالح عن المنكر أجني بشي اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجوه) اذا صالح عن المنكر أجني صح سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه وقال أصحاب الشافعي انما يصح اذا اعترف للمدعى بصدقه وهذا مبني على صالح المنكر وقد ذكرناه ، ثم لا محل للصالح ان يكون عن دين أو عين فان كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو غير اذنه فان عليا وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وان كان الصالح عن

فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بعيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما آداء حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه اداؤه بمقدار الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى مالا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصلح باطلا لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم توجه اليه خصومة يفتدي منها قاشيه مالمو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي ديناً

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه اداؤه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا الترخيم لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه اداؤه الى المدعي فكيف يلزمه اداؤه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما أنه يجب له الرجوع بما آداء حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين هنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى شيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها طاماً بمعجزه عن استنقاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه) إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا
من قال يصح وليس بجيد لان يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة
منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني
عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى
منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لانه
لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان
الصلح كان قاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان قاسداً كما لو اشترى
عبده فتبين انه آبق أو ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاءه لم يصح الصلح لانه اشترى
مالاً يمكنه قبضه منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجلل الشارح قال اشترى وهو يظن انه عاجز عن قبضه
فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح
لانه ظن عدم الشرط فأشبهه مالو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن
يفرق بين من يعلم ان اليمين يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك
يستند فساد البيع والشراء فكان يبيع قاسداً لكونه متلاعياً بقوله معتداً فساداً ومن لا يعلم يستند
صحيحاً وقد تبين اجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه

أولاً فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشترى منه مالم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يقتضي منها شبه
مالو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر
البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان
يبيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فيبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن
كان المدعى عيناً فقال الاجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها
من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على
قبضه ثم ان قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له
الرجوع الى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان قاسداً لان الشرط
الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان قاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق أو ميت
ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذها لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فأشبهه شراء
العبد الآبق قال اشترى وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول
ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه مالو باع عبداً
يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن اليمين يفسد بالعجز
عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يستند فساد البيع والشراء فكان يبيع قاسداً

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقى ان الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه او يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وان هذا لك ولكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وان أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها بإذنه فلا بقدر انكاره في ملكها لان ملكه ثبت قبل انكاره وانما هو ظالم بالانكار للاجنبي وان كان لم يوكله لم يملكها لانه اشتري له عينا بغير اذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير اذنه ضمن في ذمته فان اجازته لزم في حقه وان لم يجزه لزم من اشتراه ، وان قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لانه ههنا لم يتمتع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

﴿مسألة﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق)

وجملته ان من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصالح باطل لانه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله مستقداً فساداً ومن لا يعلم يستقده صحيحاً وقد تبين اجتناع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فان قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الحرقى أن الصلح لا يصح لانه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه او يشتريه بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل الى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لأسلمه اليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر الى المدعى عليه فان صدقه على ذلك ملك الدين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير اذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فاما حكم ملكها في الباطن فان كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لانه اشتراها بإذنه

بعض ماله ببعض وهذا حال وسواء كان بلفظ الصالح أو بلفظ الإبراء أو بافظ الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يخط بعض حقه إلا باسقاطه بعضه فهو حرام أيضا لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق الصالح على الاقرار هضم للحق فحق الأقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطلب الاخذ وان تطوع المقر له باسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصالح ولا من باب الصالح بسبب ، ولم يسم الحرق الصالح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاء من حقه فهو وفاء وإن قضاء من غير حقه فهي معاوضة ، وإن أبرأ من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحا ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحا وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المنفى فتفق عليه وهو فعل ماعدا وفاء الحق واسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفان على تمويضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد التقدين فيصلحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصلحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصلحه على مائة درهم فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بمروض فيصلحه على أمان أو بأمان فيصلحه على عروض فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصلحه على موصوف في الذمة لم يحز الثمر قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) أن يصلحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملا معلوما فيكون ذلك إجازة لها حكم سائر الإجازات ، وإذا ألتف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انقضت الإجازة

فلا يفتق (إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنما سئل بالإنكار للاجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عينا بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئا بغير إذنه يثبت في ذمته فإن أجاز له ملكه وإلا لزم من اشتراؤه ، وإن قال الأجنبي للبدعي قد عرف ادعى عليه صحة دعوائك وهو يسألك أن تصلحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكرناه لأنه هنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يحججه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرأ)

وجملة ذلك أن الصلح يجوز من كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية ابن عثرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابته وإن صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح منه صداقها فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق ورجع الزوج بما صالح عنه وإن طلقها قبل الدخول ورجع بنصفها وإن كان المتترف امرأة فصالح المتدعي على أن تزوجه نفسها جاز ولو كان المتترف به عيباً في ميمها فصالحته على نكاحها صح فإن زال العيب رجعت بأرضه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها ورجع عليها بأرضه

(القسم الثاني) الإبراء وهو أن يترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح إذا كانت البراءة معلقة من غير شرط قال أحمد إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو قبل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك اثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلف غرماء جابر ليضمواعنه فوضوا عنه الشطروفي الذي أصيب في حديثه فتر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لها، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرود ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج إليهما ثم نادى «يا كعب» قال لييك يا رسول الله فأشار إليه: أن ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «قم فأعطه» فإن قال على

القصاص ببعد فخرج مستحقاً ورجع بقيته في قول الجميع وإن خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لأن الصلح قاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية ولنا أنه تملز تسليم ما جله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فإن صالحه عن القصاص بغير بيلمان حرته أو عبد بيلمان أنه مستحق أو صالحاً بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح باطل بيلمان بطلانه فكان وجوده كعدمه

(فصل) وإن صالح عن دار أو عبد بوض فخرج الموض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيته إن كان بالنأ لأن الصلح هنا بيع في الحقيقة فإذا تبين أن الموض كان مستحقاً أو حراً كان البيع قاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فإنه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن إسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده مبيعاً فصالحه عن عيه ببعد فإن مستحقاً أو حراً رجع بأرض العيب

(مسألة) (ولو صالح سارقاً ليطلقه أو شاهداً ليكنم شهادته أو شفيماً عن شفته أو مقدوناً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشقة وفي الحد وجهان)

أن توفي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض (القسم الثالث) الهبة وهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويستبر له شروط الهبة وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحي نصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يحجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وإن تخلف المتى كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتحكيم إذا كان بموس سمي يما وإن خلا عن الموضع سمي هبة. ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال طالحي هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله يعني بألف، وإن أضاف إليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خراجا على أن تجعل بيتنا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم أنه يسمى صلحا ممنوع وإن سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة وقولهم أن الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فإن لفظة الصلح تحتاج إلى حرف تمدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وإن ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على أن يسكنه

إذا صلح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ الموضع عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ الموضع عنه كما نرى ما لاحق له فيه، وإن صلح شاهد أياكم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الآدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كنهانه ولا يجوز أخذ الموضع عن ذلك كما لا يجوز أخذ الموضع عن شرب الخمر.

(الثاني) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجوز أخذ الموضع عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا يهتبه ماله

(الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والمروة فلا يجوز أخذ الموضع عنه لانه ليس بحق له وإن صلح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضي بالزنا الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجوز الموضع عنه لانه ليس بمال فهو كحد الغذف وإن صلحه عن حد الغذف لم يصح الصلح لانه أن كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه أو منفعة وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا في شاء أنزعه منه لانه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة متقدرا ان ذلك وجب عليه بالصالح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من النذر لانه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الأخوذ بعقد فاسد وسكن الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على تقضا وإضا أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آتته، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلانه فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك تقضه كقولنا في الناصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده منعه وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة والمستأجر استبقاء منفعة الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة نقض عتقه لانه مملوكه يصبح يده فصع عتقه لغيره والمصالح ان ستوفي نفعه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعة لغيره فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعتق الا عن الرقة والمنافع حيثئذ مملوكه لغيره فلم تلق نفعه بالعتق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليد أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وحما آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقة والمنفعة جميعا فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكانت حاله بينه وبين منفعة ولنا ان اعتاقه لم يصادف العتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد

بأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والدمرقة وان كان حقا لم يحز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتزويه العرض فلا يجوز أن يتناض عن عرضه بمال، وهل يسقط المصالح فيه؟ ينبغي على الخلاف في كون حد القذف حقا لله تعالى أو لا دمي فان كان حقا لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقا لآدمي سقط بصلحه وإسقاطه كالتصاص .

(مسئلة) (وان صالحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة إلى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تحويمه فله أن يترك فيه ما شاء، وان صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الأرض في يدرجل باجارة جاز له ان يصلح رجلا على إجراء

والآخر بنفسه فأعنى صاحب الرقة وكما لو أعنى أمة مزوجة، وقولهم أنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن البعد مستحق تبين بطلان الصالح لفساد العوض ورجح المدعي فيما أقر له به وإن وجد البعد ممسكاً بما تقتضيه به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وإن صالح على البعد بعينه صح الصالح ويكون فيما والحكم فيها إذا خرج مستحقاً أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لأنه إن صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يحز لأنه لا يجوز بيعه كذلك وإن شرط القطع لم يحز لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فإن شرط القطع جاز لأن الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل أن لا يجوز لأن في الزرع ما ليس بجميع وهو النصف الذي لم يقربه وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسل الأرض إليه فارغة صح لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي انقريغ الأرض فأمكن القطع، وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجسيم احتمل الجواز لانهما قد شرطاً قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لأن باقي الزرع ليس بجميع فلا يصح شرط قطعه في المقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وإن لم تكن الساقية محفورة لم يحز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز أحداث ساقية في أرض في يده باجارة، فإن كانت الأرض في يده وقفاً عليه فقال القاضي هو كالمتأجر يجوز له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المتأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والأولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المتأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المتأجر إذا أذن له في الحفر، فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجوب بناء على ما إذا أجره مدة فأتى في أثناء المدة فإن قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع الصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وإن قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة

(فصل) وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز إذا كان ما يجري ماؤه معلوماً إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلج بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت اغصان شجرتك في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها إلى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير قتله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حاشته الى ملك غيره على ما سنذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الأمرين لانه بمنزلة البيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازالته الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بموض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النسن أو يابساً لان الجاهل في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالمسكن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة يتجدد له الاولاد والفراس الذي يستأجر له الارض يعظم ويحفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بمحال رطباً كان أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يقتصر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بحد معين كالنكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يفتر الى معرفة قدر السطح لأنه يجري منه اقليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصلح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لنير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي إن كان يابسا، شتداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لأن الإفادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يستند على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء. وهذا مذهب الشافعي واللائق بمنهج أحمد منحه لأن الجمالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى الضرر به سبيل وذلك لدواء الحاجة إليه وكونه لا يحتاج إلى تسليم وهذا كذلك والهواء كالتقارار في كونه مملوكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في التقارار (فصل) وإن صالحه على أقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بشرها كله فقد نقل المروزي واستحق ابن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: لا أدري فيحتل أن يصح ونحوه قال مكحول قانه نقل عنه أنه قال: إنما شجرة ظلمات على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين وإلى ذهب الشافعي لأن العوض مجهول فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولأن المصالح عليه أيضاً مجهول لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الأول أن هذا مما يكثر في الأملاك وتدعو الحاجة إليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجمالة كالصالح على مجرى مياه الأمطار والصالح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة اتقى لا سبيل إلى علمها، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى أن كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة إبقاءها ويستمتع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيع ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والود فيها قاله لا مجرد إباحة

(فصل) وإذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يحز إلا بأذنه وإن كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (أحدهما) لا يجوز لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يحز كالماء لم تدع إليه ضرورة ولأن مثل هذه الحاجة لا تبسّم مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتقاع بشيء من منافعتها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والأخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجان من المريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم يمنعني وهو منفعة لك تشتره به أولاً وآخرأ ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك أفع؟ تشتره به أولاً وآخرأ فقال محمد لا والله فقال عمر والله ليرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رزاه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى

(فصل) وإن صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه وقدره شيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولا أنه

من كل واحد منهما لصاحبه فجري مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن دارى واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحتك الاكل من ثمرة بستانى فأبحتى الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعنى أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرّب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا لما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير تقم يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أنثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا ثمر لها فان اتقما على أن مانبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فهاذا كرتنا فعلى قولنا اذا اصطالحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجم بأجر المثل كما لو بذلها بوض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بمضه حالا لم يحجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نبي عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعي ومالك والشافعي والثوري وابن عينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو التهر كاتلت والربع جاز وكان يما للقرار والماء تابع له ويحتمل ان يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء بما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل ماله أخذه في قربته والصلح يجوز على مالا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم السد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويعجز ان يشتري عمراً في دار وموضاً في حائطه يفتحه باباً، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها فجاز الاعتياض عنها كالدور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبنى عليه بناً موصوفاً) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يحجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لانه ميسر للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح فجاز له أخذه عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف العلو والسفل بما يطر به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بأزالتها فله ذلك فان أبى فله قطعها) وجهة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة وأصحابه وروى عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كما لا يران بأساً بالمروض ان يأخذها من حقه قبل عمله لأنها تباعا المروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمان مثلاً، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاء الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه ينزل القدر الذي يحيطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يسطيه عشرة حالة بشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بشرين فلم يحجز كما لو كانت مبيعة ويفارق ما اذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ينزل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كيبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما اذا اشترى المروض بثمان مثلاً لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما ان صالحه عن الثب حالة بنصفها مؤجلاً فان فعل ذلك اختياراً منه وتبرعاً به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح، وان فعله لثمة من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو ديناً اذا كان مما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحجز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولاً لا يدري ماهو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط فقير خبطة بفقير شعير وطحنان عرف قيمة دقيق الخنطة

مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما يردّها الى ناحية اخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا امر بازالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما ذكره ان شاء الله تعالى، وعلى كلّي الوجوب اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته باخذ الاسرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي ، فان امكنه ازالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا امكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها ، وان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فان صالحه عن ذلك بهوض لم يحجز) اختلف اصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان النعنع أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن جهم وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان النعنع أو يابساً لان الجبالة في المصالح عنه

ودقيق الشعير بيع هذا وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا ينه لها به ولا علم لها ولا لورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصلح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا ينه له أو لا علم له ويقول القابض إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع إن كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصافي، واريث درست «استهما وتوخيا ويحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالتناق والطلاق ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينهما فلا يصح مع الجهل أولى وذلك لأنه إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفشى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه يبيعاً ولا فرع بيع وإنما هو إبراء وإن سلمنا كونه يبيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو ألتف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا نعلم الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتر إلى العلم لوجوب تسليمه ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاوزة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة يتجدد له أولاد والفراش المستأجر له الأرض يعظم ويحفو وقال القاضي إن كان يابساً متمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولأن الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لأن الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لأنه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لأن الجهالة في المصلح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل وذلك لعدم الحاجة إليه وكونه لا يحتاج إلى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسألة) (وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك أنه إذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروزي وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال لأدري فيحتمل أن يصح ، ونحوه قال مكحول فإنه نقل عنه (المنفي والشرح الكبير) (٤) (الجزء الخامس)

صاحب الطعام لمتلقه بملك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان الموض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمختصين في موارث دارسة وحقوق سالفه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوما لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركة موجودة أو يملكه الذي هو عليه ومجمله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد : ان صولحت امرأة من نمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من نمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الرية كلها قال وان ورث قوم مالا ودورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لملها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، وإنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه ، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما اذا علم فلم يصالحه إنما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لا براه الذم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع (فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ الموض عنه سواء كان مما يجوز يعه أو لا يجوز فيصح

عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دية أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له اقتصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع الموض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دية من جنسها لم يجوز وكذلك لو أنفق عبدا أو شيئا غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أيما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الأكثر وبه قال الشافعي لان الموض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموض ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطوار وعلى الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمره في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والمود فيها قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن دارى وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أعتك الأكل من ثمرة بستانى فأبني الأكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يحجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يحجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالتأبنة عن قرض أو بمن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالاتلاف بمائة مؤجلة لم يحجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه يمأ فهو بيع دين بدين ويم الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن القصاص بعد نخرج مستحقا رجع بقيمته في قولهم جميعا وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية . ولنا أنه تندر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقا

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بموض فوجد الموض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح هنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن الموض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس بيع وإنما يأخذ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده مميباً فصالحه عنه ببعد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش السب

أجري في أرضك ماء ولك أن تسقى به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الآخرين ونظر الفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لأثرها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرناه ، فعلى قولنا إذا اصطلاحا على ذلك فضت مدة ثم أبي صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بموض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملاك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن أرض العيب فزال العيب رجعت بارشها لا بمهر المثل لأنها رضيت ذلك مهراً لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يملآن حرته أو عبد يملآن أنه مستحق أو صالحاً بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح هنا باطل يملآن بطلانه فكان وجوده كعدمه (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لأن ذلك بيع موضع من أرضه ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهذا إجراء للأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا يتجاوز مدة إجارته وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز أحداث ساقية في أرض في يده بإجارة فأما إن كانت الأرض في يده وقفاً عليه فقال القاضي هو كالمستأجر له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي؛ والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المستأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة إلى الطريق لا يجوز إخراجها سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يحمل عليها ساباطاً بطريق الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكاً أو لم يكونا إذن الإمام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام فجري إذنه مجرى إذن المشتركين في التراب الذي ليس بنافذ ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن طرأه رجل من المسلمين وجب قلمه ، وقال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لأنه ارتفق بما لم يضمن ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبهه المشي في الطريق والجلوس فيها واختلفوا في الذي لا يضر ما هو فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الجيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يلغنه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالمرايات والمخامل .

ولما أنه بنى في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله ، وبإفراق المرور في الطريق فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يندوم ولا يمكن التحرز

على وجهين بناء على ما اذا آجره مدة فأتاها فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة ، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك . ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف ، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا ، ويجوز المقدر على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كافي النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفي به منافع الجري دائما ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية ، وبخلاف ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية ، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مدة دار السطح لانه يجري منه القليل والكثير ، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجرا أو طرية مع انسان لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسما فيما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتاج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك ؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تلو الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيرا ، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كالأرادة بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لومنع منه بعض أهله لم يجز فلم يجز بغير إذنه كالأرادة يخرجهم الى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الأدي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منهم فاما الدكان فلا يجوز بناؤه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواسعاً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا يؤذي المارة وبضيق عليهم ويعثر به العار أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا الى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز إخراجهم الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس

(أحداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتقاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والأخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وأخرا ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطك فامرهم عمر أن يمر به ففعل . رواء مالك في موطنه وسعيد في سنته والاول أقبس وقول عمر بخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول فكان أولى

(فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال العاصي لا يجوز لان الماء ليس بملك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وإن صالحه على سهم من العين أو انهر فالثالث أو الربع جاز وكان يما للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ البوض عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قربته أو انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس تقامه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فانغيره فعله ما لم يبق دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فنجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة دائمة اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بأذن أهله)

أما في ملك الإنسان فلا يجوز بغير إذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير إذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافاً فذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر بالزوجة لانه صلح محل حراما ولا بها لو أرادت بذل نفسها بموض لم يجوز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف عنها فقيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار إنما يكون في حق المنكر لا ابتداء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمته وإنما اجيز الخلع للحاجة الى ابتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولا بها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجة باقرارها أو بينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجة نكاحها، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لتزل عن دعواها لم يجوز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقرب بطلاقها لم يجوز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضا لمطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقرب له بالعبودية لم يجوز لانه محل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا محل بموض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعي عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يتق عبده بمال وبشرع للدائم لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل النكاح فأنكره فدفع اليه شيئا ليقرب له بالالف لم يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا نسل الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بموض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الخناج والسباط لانه بيع للهواء دون القرار ولنا أنه يميني فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا قائما بجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والمال وهكذا الحكم فيها اذا أخرجه الى ملك انسان معين بجوز باذنه بموض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا

به ويرد مأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه فيلزمه أداؤه بغير عوض ولا يحل له أخذ الموض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالا صلحا عن دعواه صح وقدمضى ذكره

(فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ الموض عن ذلك كما لا يجوز أخذ الموض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ الموض عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقه فلا يجوز أخذ الموض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يجوز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يجوز له أخذ الموض ، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقه وإن كان حقاً له لم يجوز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف انقصاص ولانه شرع لتزويه العرض فلا يجوز أن يتنازع عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجوز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء نفسه أو حفرها للسيل وتقع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك إنسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائله فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدرك به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يجوز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه

والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يجوز أن يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل القصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في المارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لانه نائبهم جري اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لاضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلمه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جازاً كالشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الحيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورعاه منصوب لا يلمنه وقال اكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالماريات والحامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجسه نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره .

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك تعلقه الى أوله ولم يملك تعلقه الى داخل منه في احد الوجين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاول أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (المتن والشرح الكبير) (٥) (الجزء الخامس)

أهله ويفارق المرور في الطريق قائما جلت لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تملوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالأحمال ويقطع الطريق إلا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يحتمل وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نفعه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويؤثر به المارة فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روضاً ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بأذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط لأن له في الدرب استطرافاً فذلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه كما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لأن الحق لهم فجاز بأذنهم كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لأنه بيع للهواء دون إقرار

أن صاحب القريب ليس له أن يقدمه إلى داخل الدرب وإن قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منها فإن كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الأوسط حكم الأول فيها ذكرناه.

(فصل) إذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ. فرفع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لأنه تصرف في ملكه المختص وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من كل واحدة منهما إلى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لأن ذلك يثبت الاستطراف في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى، ويحتمل جواز ذلك لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للشيخ ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك إن أذنوا له بغير عوض

ولنا انه ينبغي فيه باذنهم فجاز كما لو اذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم اخذ عوضه كالقراة اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها اذا اخرجته الى ملك انسان معين لا يجوز بغير اذنه ويجوز باذنه بموض وبغيره اذا كان معلوم المقدار والله اعلم .

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وان أراد حفرها للسلمين وقمعهم أو لتفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو ليؤزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في عمر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يحز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها قايماً ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا باذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يحز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموض جاز سواء حفرها لنفسه ليؤزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسيل وقمع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين (فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا الا باذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجها الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً الى الطريق فقلعه فقال العباس قلعه وقد نصب رسول الله ﷺ يده؟ فقال والله لا نصبته الا على ظهري وأخفى حتى صد على ظهره فصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأميره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر . ولنا ان هذا تصرف في هوا.

(فصل) اذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن الاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بقاء للاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لان لم يبدأ وتصرفاً، وهكذا الحكم فيها إذا كان لرجل علو خان ولا خرسفله ولصاحب اللو درجة في أثناء صحن الحان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الحان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الحان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فلي الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدري له ان يستبد بما يختص به منه بان

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في دواب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقاً ولا باباً الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائط ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كتنفضه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيما له فيه حق ففيما لاحق له فيه اولى وان صالحه من ذلك بموض جازوا ما الاستناد اليه واستناد شيء لا يضره اليه فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستقلال به

(فصل) قاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف فعله لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره» متفق عليه ولان ما أيسر للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالمعيب أو انخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، قاما ان دعت

بجعله دهليزاً لنفسه أو بدخوله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له ينفرده به (مسئلة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقاً بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يفرز فيه وتدا أولاً يحدث عليه حائطاً ولا ستره ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كتنفضه وان صالحه على ذلك بموض جاز فاما الاستناد اليه واستناد شيء لا يضره فلا بأس به اكونه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستقلال به

(مسئلة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافاً لقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا أن به غنى لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا محتاج الى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البائنه واليتيم والمجنون والمائل لما ذكرنا والله أعلم (فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فمن أحد فيه روايتان (أحدهما)

الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشئ والضيق ففي حقوق الله تعالى أنبئة على المساحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين ولا واضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المساحة والمساهلة لفي الله تعالى وكرمه فلان يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب بمسك الحائط وينقمه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيح للحاجة العامة لم يستبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير إذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستظلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتح للخشب يسده بها ولا يوضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال سقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن ينحني على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز إعادة لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يزل له يضر بالمالك ويحول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك ييم حقه من وضع خشبه ولا المصلحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعارة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منه ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدمه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للأوراق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فحقه ان يرضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع ستره عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فاذا قل ما أذن له فيه صارت المارية لازمة فاذا رجم

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يجمع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسما يحتاج الى ان يجعل عليه جسر أو يوضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والأولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمائل والمجنون كما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضمنه على جدار جاره) اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فمنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبينة على المساحة أولى وعنه لا يجوز نقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اجتاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للنعم من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين والمواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

لمعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والنوام وفي القلع ضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أطاره أرضاً للدفن والنراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والنراس بخير ضمان، وان اراد هدم الخائط لمعير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ولا ضرر في بقيقته، وان كان مستهدماً فله قرضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الخائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناء بآله أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأنف لان المتع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر وهنا قد حصل القلع بخير فعله فأشبه ما لو كان في الأرض شجرة فاقطع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأيد وليس كذلك فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع هنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الخائط ذلك عدواناً كان للآخر عادته لانه أزيل بخير حق تمديداً من عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان أزاله أجني لم يملك صاحبه عادته بخير اذن المالك لانه زال بخير عدوان منه فأشبه ما لو سقط بنفسه (فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بموض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله عادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الخائط أو غير ذلك لانه استحق ابقائه بموض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسلك والآلات من الطين والابن والآخر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الخائط الذي عليه البناء أو الخشب في أتماء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انقضت الاجارة فيما بقي ورجع من الأجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المسامحة لفتى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق الآدمي مع شدة وضيقه أولى والمذهب الاول، فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الخائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يملك الخائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضاف للخائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الخائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الخائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز عادته لانه زال السبب المبيح فان خيف سقوط الخائط بعد وضعه عليه لم يلزم ازالته لانه يضر بالمالك وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرر على صاحب الخائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا اطاره لانه إنما يملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أصبح به من حق غيره لحاجته فلم يحجز له ذلك فيه كطعام غيره

بسط ما بقى من المدة وان أعيد رجح من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل الموضع الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره أو مزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك عوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لا جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتي زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه ثاورتناها جميعاً عن أيينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتناها عن أيينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للدعي حكماً وقد رجح إلى المقر وهو معترف بأنه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يقتضي إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إجارة الحائط أو اجارته على وجه يمتنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من قوينة الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فتي أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أفنى صاحب الحائط لجواره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز بانه فاذا فعل ما أذن فيه صارت العارية لازمة تذكر في باب الطرية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان لإجارته في مئة

﴿ مسألة ﴾ قال : (واذا تداعى تفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما مخالفاً وكان بينهما وكذلك ار كان محلولاً من بنائهما وان كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه) .
 وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً بينهما معا وهو أن يكون متصلاهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه الفطائر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل بينهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما ينة مخالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما ينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما ينة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما ينة تمارضتا وصارا كمن لا ينة لهما، فان لم يكن لهما ينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على التنا كل فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجع بالعقد ولا ينظر اليه .
 ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأيد ومتى زال فله إعادة سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أتماء مدة الاجارة سقوطاً لا يعودا تسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجارة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجارة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يبيده جاز لانه لا جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كالميد والازج، فان قيل فلم لم تجلوه له بغير عين لذلك ؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يقين إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناء بأجرة فشرعت العين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه العين، فأما إن كان معقوداً بيناهما أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء بالبن والآخر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنه أو أجرة أو يجعل مكانها لبنه صحيحة أو أجرة صحيحة فقد بين الحائطين فقال الشافعي لا يرجح بهذا، لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الحرقى أنه يرجح بهذا الانصال كما يرجح بالانصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع أجره وتشير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن ان تكون يداً عادية حدثت بالنصب أو بالسرقة أو العارية أو الاجارة فلم يمت ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه متنعماً به فخرى تجرى كونه حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه شجرة ، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن التمس منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم نرجح به الدعوى كاستناد متاعه اليه وتبصيله وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناء أو خشب على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فخرى تجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه على ما أقر له بموضع الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورتاها جميعاً عن أيينا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورتاها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لآخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضعه ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدلتنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه فبقا لا حاجة اليه له منه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتساحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي اراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التحكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لاعلى تحريمه ولان الحائط يبنى لذلك فيرجع به كالزج ، وقال أصحاب ابني خنيفة لا ترجع الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبنى له ويرجع بالجذعين لان الحائط يبنى لهما ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجع الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والحوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمقاد القمط في الخص يعني عقد الحيوط التي يشدها الخص وبهذا قال أبو خنيفة والشافعي ، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومقاد القمط لما روى عمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوما اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث خديجة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يابه مقاد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «أصبحت وأحسنت» رواه ابن ماجه وروى نحوه عن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطا جمل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من انكر» ولان وجه الحائط ومقاد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون الى أحدهما اذ لا يمكن كونه اليهما جميعا فبطلت دلالاته كالزويق ولانه يراد للزينة فأشبه الزويق ، وحديثهم لا يثبت اهل الثقل واسناده مجهول قاله ابن النذر

فيؤخذ بذلك فلا يستحق به شفعة ، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكما وقد رجع الى المقر بالبيع وهو معترف بانه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقا ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بينائه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأبى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في تركه بينائه اضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نفق الحائط عند خوف سقوطه

قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لاحد فلم يقنع وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان المادة جعل وجه الحائط الى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن اثوابه اعلاها الظاهر للناس ليروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا يكون أحدهما له على الآخر جسرته غير مبنية عليه لانهما يتساع به ويمكن احداثه .

(فصل) وان تنازع صاحب الملو والسفل في حوائط البيت السفلا في لاه صاحب السفل لانه المتنع بها وهي من حمة البيت فكانت لاه صاحبها وإن تنازما حوائط الملو فهي لاه صاحب الملو لذلك ، وإن تنازما السقف تحالفا وكان بينهما وهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لاه صاحب السفل لان السقف على مالكة فكان القول قوله كما لو تنازما سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لاه صاحب السفل وحكي عنه أنه لاه صاحب الملو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتقان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان الملو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لما فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منها لانه ساء صاحب السفل يظله وأرض صاحب الملو تقفه فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب الملو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لاه صاحب السفل كسلم مسجراً أو دكة فهي لاه صاحب الملو وحده لان له اليد والتصرف وحده لانها مصعد صاحب الملو لا غير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تتقاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وهذا ضرر يكره بضرر ان في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الاتفاق عليه كما لو انقرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبناء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل مالوا انقرد به ولا لحق غيره كما لو انقرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتماعا فارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من العرامة واتفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انقرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بإتهامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع

بنيت لأجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها ولأنها سقف للسفلاقي وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتهما طاق صغير لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء وتحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لأن يديهما عليها وارتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تازنا مسنأ بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وكانت بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائط بين المملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يحجر المشع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان إحداهما يحجر نقلها ابن التميمي وحرب وسندي قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوله واحتاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضراراً فيحجر عليه كما يحجر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقص إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر إن في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يحجر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة لأنه ملك لأحرمة له في نفسه فلم يحجر مالك على الاتفاق عليه كما لو اقترده به ولأنه بناء حائط فحجر عليه كالأبتداء ولأنه لا يخلو ما أن يحجر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقهما جميعاً : لا يجوز أن يحجر عليه لحق نفسه بدليل ما لو اقترده به ولا لحق غيره كما لو اقترده به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وقارق القسمة فأنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من التزامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإضرار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه قد يكون المشع لا تقع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون مضرراً ليس معه شيء فيكلف الترامة مع عجزه عنها

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يحجر المشع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقاً في الحمل وربما فلا يجوز منعه منه.

(مسئلة) (فإن بناءه بآله فهو بينهما وإن بناءه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به وإن طلب الانتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آله).

وجه ذلك أن الشريك بناء الحائط باقتضاه وله بناءه بآلة من عنده، فإن بناءه بآله واقتضاه غيره على الشركة كما كان لأن المنفق إنما أتق على الثالث وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناءه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشباً ورسومه عليه لأن الحائط له فإن أراد تقضه وكان بناءه بآله، فليس له تقضه لأنه يملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ، وفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه فيجبر على ما زيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراً فإن الضرر إنما حصل بأهدامه وإنما ترك البناء ترك المصلحة يحصل النفع به وهذا لا ينعم الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه لإضرار لكن في الإيجاب إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به فيكاف الترامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لأن له حقاً في الحمل ورسماً فله يجوز منعه منه ، وله بناءؤه بانقاضه إن شاء وبناءؤه بآلة من عنده فإن بناء بآلته وانقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لأن المتفق عليه إنما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناء بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له . وإذا أراد تقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك تقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليها وإن بناء بآلة من عنده فله تقضه لأنه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير الباني تقضه أو إيجاباً عليه على تقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا بد أن يملك إجباره على تقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكني من انتفاعي

عليها وإن كان بناء بآلة من عنده فله تقضه لأنه يخص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء وإن أراد غير الباني تقضه وإيجاباً عليه على تقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروايتين لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا بد أن يملك إجباره على تقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكني من انتفاعي وإما أن تطلع حائطك لتعبد البناء من يتنا فليز الأخر لإجابه لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالترامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر على البناء فاولى أن لا يجبر على الترامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فليزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الأولى فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو أذن الشريك رجوع عليه متى قدر ، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما اتفق أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجوب بناء على ما إذا قضى دينه بغير أذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد تقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له تقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فاولى أن يجبر على إبقائه

ووضع خشبي واما أن تقلع حائطك لتميد البناء يتنا فليزم الآخر إجابته لأنه لا يملك ابطال رسومه .
 ارتفاعه بينائه وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الباني بالترامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لأنه إذا لم يجبر
 على البناء فأولى أن لا يجبر على الترامة إلا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه
 فأما على الرواية الاولى فتى استمر أجبره الحاكم على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأحق
 عليه وإن لم يكن له مال فأحق عليه الشريك بأذن الحاكم أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن
 أراد بناءه لم يملك الشريك منعه ، وما أفتى أن تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل
 له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناء نفسه بآلته فهو بينهما
 وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته
 فلا يكون له نقضه لأنه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه .

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطا يحجز بين
 ملكيها فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة
 لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له
 ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفلى لرجل والمولى لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من
 الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين كالحائط بين اليتيم وللشافعي قولان كالروايتين
 وإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب المولى بإعادتها فلي روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط فطلب أحدهما من الآخر أن ينيحائطا يحجز بين ملكيها
 لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لأنه لا يملك التصرف
 في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفلى لرجل والمولى لآخر فأنهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من
 الآخر فامتنع فهل يجبر ؟ على روايتين كالحائط بين اليتيم وللشافعي فيه قولان ، فان انهدمت حيطان
 السفلى فطالبه صاحب المولى بإعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي
 الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي
 حنيفة فان أراد صاحب المولى بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً ، فان بناء بآلته فهو على ما كان
 وإن بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن
 وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان
 خاصة من طرح الحشب وسمر الوتد وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره
 وهو مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في قناه الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

(أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وإن أراد صاحب العلو بناءه لم ينعم من ذلك على الروائين جميعاً فإن بناءه بآله فهو على ما كان وإن بناءه بآله من عنده فقد روي عن أحمد لا ينفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحطب وسمر الوتد وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما أن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان

(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى يختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فلهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه قامت له لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكاً لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فأما أن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان :
(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو
(والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فلهما فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكاً لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لابقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا وإن أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بئانه لم يكن لجاره منه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت قان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء ألزم اعادته أو لم يلزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) قان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصلح على بعض ملكه بعض فلم يصح كالو أقر له بدار فصالحه على سكنها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهاالة الحمل قانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) قان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة ففي اجبار المتنع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضربه بخلاف الحائط قانه يمكنهما قسمة العرصه والاولى التسوية لان في قسمة العرصه

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بئانه لم يكن لجاره منه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت قان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء ألزم اعادته أو لم يلزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) قان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح لانه يصلح عن بعض ملكه بعض فلم يصح كالو أقر له بدار فصالحه على سكنها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهاالة الحمل قانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(مسئلة) (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة ففي اجبار المتنع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا أنهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط قانه يمكنهما قسمة العرصه قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصه اضراء أهما والاتفاق أدق بهما فكانا سواء

اضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتاعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا اتفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما اثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فلقريب من الباب نقل بابيه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابيه القديم فقد نقص من استطراقه ومتى أراد رد بابيه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يقسط وإن أراد نقل بابيه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحد لأنه يقدم بابيه إلى موضع للاستطراق له فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يجعل بابيه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لا آخر فتحكه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابيه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطراقه، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ وزقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز لأنه يترقى بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فإن قيل في هذا اضرار بأهل الدرب لأنه يجبهه نافذاً يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لأحد استطراق داره، فأما إن كان بابيه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا يتخذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تمين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسره أو شاباً كما جاز لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدلل به على حق الاستطراق فيضرب بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء

(مسئلة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته)

فإن عمره قائماً بينهما على الشراكة أما الدولاب والتاعورة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا اتفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكيهما وإنما اثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناء بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر مجاره نحو أن يبني حائماً بين الدور أو يفتح

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرقم الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما باباً الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يحز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا يتقد من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للنسخ متفق عليه. وإذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بموضع معلوم أو أذنوا له فيه عوض جاز (فصل) اذا تازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لما التصرف فيه بناء على ان الاول ان يفتح بابه فيما شا من حائطه وما بعد ذلك لثاني لانه ليس ببناء للاول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لما جميعاً يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب الطو درجة في اتمام صحن الحان فاختلفا في الصحن فاكان من الدرجة الى باب الحان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الحان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً فلي الوجه الذي يقول ان صدر الدرب يختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دخلياً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له بفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره نحو ان يبني فيه حاماً بين الدور أو يفتح خبازاً بين الطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن أحد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازاً بين الطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرها أو يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن أحد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» ولان هذا إضرار بجيرانه فنع منه كالذي سلمو كسفي

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا اضرار بجيرانه ، فنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتمدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كالأجزاء النار والماء ، وأما دخان الحيز والطبخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصمود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني ستره تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يحير أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطلع عليه من صر بابيه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ : «لو أن رجلا اطلع اليك فخذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصه حائط فاتفقا على قسمها طولاً جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولاً أو عرضاً لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللاخر مثله فقال أصحابنا يحير الممنوع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقترعا. فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فان كان مبنيًا فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وان أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يحير على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما احتار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركاً يمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كالثار والماء. وأما دخان الحيز والطبخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) فان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصمود على سطحه

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فإن كانت العرصه لا تسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واحتلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصه فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه حائطا ففي إيجاب الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته فاشبهه عرصه الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه داراً . والثاني لا يجبر ذكره القاضي لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لاتا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسما العرصه طولا فبني كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبهما بلامه وأن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لأن الحق لها لا يخرج عنها فاشبهه العرصه ويحتمل أن لا تجوز القسمة لأنها لا تكون إلا بتميز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكن الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طائفاً بضعفه ضعف كله وإن وقع بضعه تضرر التصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها إن قطعا بينهما فقد ألقا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وإن لم يقطع وعلم علامه على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضرب بل يملكه بخط بين نصيبهما ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يني ستره ستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لأن هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا أنه أضر بجاره فتح منه كدق يهز الجيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حره فاشبهه مالو اطلع عليه من صر بابيه أو خصامه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلاً اطلع اليك فخذته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » وفارق الاسفل فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الفتي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه، ويشترط في صحتها رضی المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يمين عليه حجة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يتبر رضاها على ما سنده كره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق ففرضي فقد برىء المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الفتي ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ من «أحيل بحقه على مليء فليحتل» واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه يبيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ﴿مسئلة﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بمحال

صفته ويُسْتَبَر تأملهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة، أو من عليه معبرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويُسْتَبَر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلاً أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة، ولو كان الحقلان حالين فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بضه بعد شهر لم تصح الحوالة لأن المحتال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك إذا شرطه، وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحتال عليه خيراً من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانتظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى، وإن مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله، وإن مات المحتال عليه ففي حلول الحق روايتان مضي ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر، ولا يُسْتَبَر أن يحيل بدين مستقر، إلا أن السلم

لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بمرض الفسخ لا تقطاع السلم فيه، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ الموض عنه والسلم لا يجوز أخذ الموض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره». ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر فإن له أن يتمتع من أداؤه ويسقط بمجزئه، وتصح الحوالة عليه بدين

إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق إلى ذمة المحتال عليه في قول عامة أهل العلم وروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يرثه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه. إذا ثبت ذلك ففي رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فليس أو موت أو غيره. وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الحزقي، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجم على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات المحتال عليه مفلساً وإذا جحدته وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لأنه روي عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحتال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لأنه لا نوى على مال امرئ مسلم ولأنه عقد معاوضة لم يسلم الموض فيه لأحد المتماوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه

ولنا أن حزننا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فحاله به فمات المحتال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصداقتها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض ف كان المحيل أقبض المحال دينه ف يرجع عليه به ويأخذ المحال من المحال عليه وسواء تضرر القبض من المحال عليه أو لم يضر ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة ثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعة وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق للمعاوضة بالتوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو المداق قبل الدخول لم يصح وان أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيها هو بمرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ باقطاع السلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ الموض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانما جازت الوكالة بلفظ الحالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة الحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى الخيل ، وان حال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم الحال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحالة معاوضة ولا معاوضة ههنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على الخيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها برائة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه لإياه رجع الحال عليه على الخيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بمقدار مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان حال من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض وليست حالة لان الحالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت يمناً فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تنضم منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالانقلاب من الايمان والجوب والادهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمدروع والمعدود ففي صحة الحالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمه بمثله في الانقلاب وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يتمتع من أدائه ويسقط بجزءه وتصح الحالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدائيات ، وان حال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ويرث ذمة المكاتب بالحالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان حال المرأة على زوجها بصدقتها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانقضاء النكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمها اليها وحوائثه به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان حال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار ، وان حال المبيع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتيقن ان الحالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتاً مستقراً والمبيع كان لازماً وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري ينفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من الحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولأن الأبل ليست من المثليات التي تضمن مثلها في الائلاف ولا تثبت في الذمة سلباً في رواية ، وإن كان عليه أبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الحيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقرض وإن كانت بالمكس فاحتال المقرض بأبل الدية لم تصح لا ما إن قلنا نجيب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب التمثل فلمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه إداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما روى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تغفل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت أن الحق انتقل فحق رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحارثي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مقلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بمدالم وبه قال جماعة من أصحابنا ونجوه قول مالك لأن القلس عيب في المحال عليه فكان

المحيل يدينه على المحال عليه والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكأن المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهها واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وإن أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وليست بحوالة لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق منها ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحويل ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المحتال، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الإداء ولا المحتال القبول لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هو اقراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض وإن أبرأه لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه وإن وجهه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم منه وإنما نادى إليه المال بقصد مستأنف ويحتمل أن لا يرجع إليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شرح والشعبي والتخمي متى أقلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه بفلسا واذا جرده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل أحيل بمحقة فمات المحال عليه بفلسا فقال يرجع بمحقة لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم الموضع فيه لاحد المتعاضدين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزنناجد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعة منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يقضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالتوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فبان مصرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاعبار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غريم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويستبرأ ثلها في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه عصاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأمرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو بضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فلا أجل بحاله وان مات المحتال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة
فيثبت الفسخ بقواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد بدليل
اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بلا خلاف
فانه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول
الحوالة اذا أحيل على ملىء ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضاً على ظاهر قول
الحرقى لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

(مسئلة) قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتمل)

الملىء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول:
من يقرض الملىء غير المدم . وقال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة وأحسن يا ذات الوشاح التفاضيا

يعنى قدرة على وفائي والظاهر أن الحرقى أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا
المأطل قال احمد في تفسير الملىء كان الملىء عنده أن يكون ملياً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل
على من هذه صفة لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها
معاوضة فيعتبر الرضا من المتماقين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه ادائه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لأنها ان كانت فيما فلا يصح في مجهول وان
كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجمالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من
الأمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة
تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به
وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب
الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبهه بماله مثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان
على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ادية وله على آخر مثلاً في السن
فقال القاضي يصح لأنها تختص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب
لا تصح في أحد الوجين لأنها مجهولة ولان الأبل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا
تثبت في الذمة سلماً في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثلاً قرضاً فأحاله عليه فان قلنا
يورد ان قرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلاً لاعتنى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عوضاً. فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يستبر وهو يحكي عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبه الحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل.

ولنا قول النبي ﷺ إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولأن السحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم الحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وفلوق ما إذا أراد أن يعطيه عمراً في ذمته عوضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله.

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والحيل لا يضر.

(فصل) إذا اشترى عبداً فأحاله المشتري البائع بالتمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لا تاتينا أنه لا تمن على المشتري وإنما تثبت حرية بيئته أو اتفاقهم، فإن اتفق الحيل والحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا يئنه بذلك لم يقبل قولها عليه لأنها يطلان حقه أشبه مالو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من الحال عليه ولأن الحيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضى بتسليم ماله في ذمة المقرض فإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بابل الدية لم يصح لاتا أن قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضى الحال عليه ولا رضى المحتال ان كان الحال عليه مليئاً)

أما الحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن السحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام الحال مقام نفسه في القبض فلزم الحال عليه الدفع إليه كالوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضى المحتال بقرض الملى غير المدم قال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة واحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وقائي قال احمد في تفسير الملى ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فني احييل على من هذه صفته ثم المحتال والحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما، وقال ابو حنيفة يستبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتساقين، وقال مالك والشافعي يستبر رضى المحتال لأن حقه في ذمة الحيل فلا يجوز نقله الى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً، فأما الحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاؤه الا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقام بينة لم تسمع لانها كذباها بدخولها في التبائع، وإن أقام البد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغير عن البد فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنيته أقوى فإن أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانها لم يكذبها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية البد وكذبها المحال عليه لم يقبل قولها عليه في حرية البد لانه إقرار على غيرهما وبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية البد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليها ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري البد بسبب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه بأذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه وبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به. وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لان

(أحدهما) يعتبر وهو محكي عن الزهري لانه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل (والثاني) لا يعتبر لانه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتصر إلى رضی من عليه الحق كالتوكيل ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا اتبع أحدكم على ملي فليتبم» ولان المحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه ويوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لانه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وإن لم يكن المحال عليه ملئناً لم يلزمه ان يحتال لمفهوم الحديث ولان عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه فإن مصرراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لأرد بالأعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً وفارق البيع فان الفسخ يثبت بالأعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة المقد في عقد معاوضة فثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق المقد بدليل اشتراط صفة في المبيع.

(مسئلة) (وإن ظنه ملئناً فإن مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل ان يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالتوب كذا هنا ، فان قلنا يطلان الحوالة رجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشتري إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة مجالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري ، يرث بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل ، فعلى هنا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم إلى المحتال ما أحاله به . والثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة هنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها وإذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحتني بلفظ الحوالة أو كانت بالكس فقال أحتلك

أما إذا لم يرص المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتيال على غير المولى لما عليه فيه من الضرر وأما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على المولى ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه ويحتمل أن يرجع لان الفلاس عيب في الذمة فأشبهه ما لو اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان مريضاً .

(مسئلة) (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فان البيع باطلاً والحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا تينا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية إنما ثبتت بينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حرية وكنتهما المحتال ولاينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يطلان حقه فأشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائنه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقام بينه لم تسمع لانهما كذباها بدخولهما في التبايع ، وان أقام العبد بينة بحرية قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان حجتبه أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكنتهما المحتال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه إقرار على غيرهما وتبطل

بدبتك قال بل وكنتي فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أعما وكنتك في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بدبتي عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. فعلى الوجه الاول يحلف المحال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد بريء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحال محققا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بشئ تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه يتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق الحوالة لاتفاق الرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يمتد للمحال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وان اعترف المحال والمحال عليه بحرية العتق لاقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف براءته فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بسبب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بسبب أو إقالة بعد القبض فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد بريء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويهود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويرأى البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لتعاقب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه وتقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالتوب كذا هنا، فان قلنا يبطلان الحوالة الرجوع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن يأخذ البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة مجاهلاً لكن أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم رد البند المبيع في الحوالة وجهان :

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبة بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال أن اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبيئة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل بيئة وهذا لا تشهد به البيئة نقياً ولا اثباتاً

(فصل) وإن كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكنتي ففيها الوجهان أيضاً لما قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولهما معاً فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه إما وكيل وإما محتال فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبتت الوكالة يمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتال ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لمقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى والمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما ثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرناه وتكرر المحتال والمحيل لا يضر

(مسئلة) (وإذا قال أحلتك قال بل وكنتي أو قال وكلتك قال بل أحلتني قال قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل في قبضه ثم احتلفا فقال أحلتك بدينك قال بل وكنتي ودينى باقى في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (المنفي والشرح الكبير) (٩) (الجزء الخامس)

من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وإن تلفت بشير تفريطه فعلي الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لأنه يعترف ببراءته

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحد لأن الحوالة بدينه لا تختم الوكالة فليقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحد له بعد ذلك فإما أن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه فإن كان لأحدهما يمينه حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليمة عليه (مسئلة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أما وكلتك

في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين) لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر . فعلي الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه ، وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحال عليه وتلف في يده فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وإن تلف بشير تفريطاً فالمحتال يقول قد قبضت حتي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكلي بشير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالب به فقال قد أحلت به علي فلا تأ الفائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين يئنه بدعواه سمحت يئنه لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلائاً الفائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فإن أقام المدعى يئنه ثبتت في حقه وحق الفائب لأن يئنه يقضى بها على الفائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له يئنه فأنكر المدعى عليه فهل يلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت يئنه والثاني لا يلزمه الدفع اليه لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أنني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه إليك فإذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فإذا حلف بريء ولم يكن المحتال الرجوع على المحيل لا اعترافه ببرائه . وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس المحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لا اعترافه براءة المحيل منه بالحالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للينة في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا قل يرى وإنما يدعي المحيل نيته وهذا لا تشهد به الينة قياً ولا اثباتاً .

(فصل) فإن قال احلتك بدينك قال بل وكلتني ففهما وجهان ايضاً لما قدمنا فإن قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولهما مما فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه إما وكيل او محتال ، فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لأنه يجوز ذلك لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحيل ، دون المحتال عليه رجع المحيل على المحتال عليه في أحد الوجهين لأن الوكالة قد ثبتت يمين المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء من حقه وإنما المحيل ظلمه بأخذ ما كان عليه ، قال القاضي والاول أصح وإن كان قد أخذ الحوالة فتلفت في يده بفريط أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لأنه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان بطلاً فقد أبطل مثل دينه فثبتت في ذمته فيتقاصان وإن تلف بغير تهريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يقر ببرائه

فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقصى عليه بالتكول واستوفي الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد بريء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً)

إذا اتفقا على أنه قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً لان الحوالة بدينه لا تختمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك فاما ان لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وأما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنه حوالة بدينه وإن دينه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولاً ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وانكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فإن كان لمن عليه الدين يمينه بدعواه سمعت يسته لاسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعي عليه فالقول قوله فإن أقام المدعي يمينه ثبتت في حقه وحق الغائب لان اليمين يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وإن لم يكن له يمينه فأنكر المدعي عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به يمينه (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فإذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فإذا حلف برى ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فإن نكل المحال عليه عن اليمين فقصى عليه بالتكول واستوفي الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها (فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتها معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملى، وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذ منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتها معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل ههنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملى، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالهو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدهما الالف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لا كان له أن يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

(مسئلة) رهن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صبح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولمن جاء به حل بغير وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاه أحدهما الالف فقد قضاه جميع الدين وثم اذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير إشكال لانه لا كان له أن يستوفي الالف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمين لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حل بغير وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقيل وحيل وزعيم بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وروى البخارى عن سلمة ابن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل يبصلي عليه فقال « هل عليه دين ؟ » قالوا نعم ديناران « قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا ، فتأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتتني صلاتي وذمتي مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله ، فعلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقيل وحيل وزعيم وصير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضى الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لأنهم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه إثبات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للنائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفها الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا ويعرف المضمون له فيؤدي إليه

الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منها في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تضرع مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا مع تضرع استيفائه من الأصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبته كالأصل ولأن الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبته من شاء منها كالضامنين إذا تضرعت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقتضى منه أو من غيره ، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود ، وعن أحد رواة أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين ؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يا رسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولا صاحب الشاقي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة قلتما ضمانا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر (فصل) وقد دلت مسألة الحرقى على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي ، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقرب به لك أو ما يخرج في روز ما يجبك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح بمجهولا كالتمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في لزمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة ، واذا قال ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما عطيته في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المستثنين سواء أو أحدهما داخلة في الاخرى .

الله هذا لملي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال « بل للناس عامة » رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال « أعلية دين ؟ » قلنا ديناران فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « وجب حق الثرم ويريء الميت منهما ؟ » قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران ؟ » قال إنما مات أسس قال فعاد اليه من النذر فقال قد قضيتهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الآن بردت جلده » وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله « ويريء الميت منهما ؟ » ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة نائبة يرثت الاولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلده » حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلاه بالضمان صار له وفاء وانما كان عليه الصلاة والسلام يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لملي « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه ، وقوله « بريء الميت منهما ؟ » أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء « الآن بردت عليه جلده » وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتى قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وإن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقه في البحر قبل وجوبه بقوله ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجمل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاءً فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاءً والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولأنه دين ثابت

فإن الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوتيهما فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل لمحلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن كذلك هذا

(مسئلة) (فإن برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

متى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لأنهم فيه خلافاً لأنه يبيع ولأنه وثيقة فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وإن برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبرع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا اقتسح من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لأنه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن ، وإن أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً لأن الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزءاً منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وإن أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لأنهم فروع له وإن أبرأ أحد الضامين برىء وحده لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالضامن عنه وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ، ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضائه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكرناه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط برد بسبب أو مقابلة وبهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجمل في الجلالة وفي السابقة والمتأخرة ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يصح ضمانه لأنه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كمال الكتابة ولنا قول الله تعالى (ولم جاء به حمل بعير وانا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم اذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرث الجناية سواء كانت تقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الذمة معلومة الاسنان والعدد وجباله اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالاتزام

من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة يدينه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به يرى ويرى صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من احضار المكفول به لأنه أصل في ذلك وإن كفل المكفول به الكفيل لم يجز لأنه أصل له في الكفالة فلم يجز أن يصير فرطاً فيما كفل به وإن كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذي عن ذمي خراً أسلم المضمون له أو المضمون عنه برىء هو والضامن معاً) لأنه برىء من الحر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم وإذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لأنه فرعه ، وإن أسلم المضمون له رىء أيضاً لأنه ليس للمسلم المطالبة بثمن الحر لكونه لا قيمة له في الاسلام فإن أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلم يبرأ براءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح الا من جائز التصرف)

لا يصح ضمان الامن يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وعنه يصح ويتبع به بسد التق وان ضمن باذن سيده صح وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلية لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلية مآ لها الى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجدل في الجملة والصدق قبل الدخول والميسر في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحالة به والاول أصح لانه دين لازم فصح ضمانه كالأجرة وعن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلزوم ولا مآ له الى اللزوم فان للمكاتب تمجيز نفسه والامتناع عن أدائه فإذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى ، ويصح ضمان الاعيان المضونة كالمضروب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمنة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردها والزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجز عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجز عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لافائدة له فيه فلم يصح كال تبرع والنذر بخلاف البيوع ، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلقاها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فان ضمانها يصح وهو في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه ان ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى القصار والحياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه اليه يعني اذا تعدى أو تلف بفعله ، فعلى هذا ان تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالتصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو ان يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بسبب أو ارش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما لا آخر وحقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فبعبه عن الثمن الذي يضمنه، ومن اجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان بحول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان ، فأما الشهادة فلا يسترقى منها الحق واما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي إلى ان يبقى ابدأ مرهونا فلم يبق إلا الضمان ولانه لا يضمن إلا ما كان واجبا حال العقد لانه إنما يتعلق بالضمان حكم اذا خرج مستحقاً او معيباً حالاً العقد

جنون قال قول المضمون له لان الاصل عدمه ، وأما المحجور عليه لقلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجز عنه لانه من أهل التصرف والحجز عليه في ماله لا في ذمته فهو كتصرف اراهن فيما عدا الرهن ، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً ، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد التق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاقرار بالتلاف ولنا انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يجوز فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لانه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كارش جنائته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بنعمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدائه باذن سيده وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجمالة منتقية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبه دله وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجمالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهدة أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمنت عهدة أو ضمنت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسر به أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على الزادة لا على الجمل وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على فريق الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فنقل تلف المبيع من المكيل والموزون في يد البائع او بنصب من يده او يتقايلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وانما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا يفريط من البائع فيه كاخذه بالشفقة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيص ولا يرجع على البائع ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بسبب قدم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتحقق حق الجناية برقة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عقده كقولنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تقوية الحرية (والثاني) يصح لان الحق لهما لا يخرج عنها فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلته لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة ، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراءه وتبرعه أشبه الباطن ، ولا يثبت الضمان بكتابتة

المهدة فان أراد أخذ أرض الغيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرض كما لو وجد بها عيماً، ولو باعه عيناً أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن غنمه عنها فتكفل رجل بتاسيم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن المشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقدينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالتذر والاقرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بدو فك الحجر عنه لان من اصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بدو فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والتذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عيناً أو تجزئة فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لاقيم اثارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

(مسئلة) (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لما)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالتذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لانه اثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهنا اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية بظاهر يستد إليه ولا أصل يرجع إليه فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لقلس فيصح ضمانه ويتيم به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد المتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاقرار بالائلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالتكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو أذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال بربقته وقال ابن عقيل بظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق بربقته أو بذمة سيده على روايتين كاستدائه باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كمتعلق حق الجناية بربقة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد القن لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتيم به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى قنوت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لها لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فخكه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فخكه ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يستر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للنائب وقد سلموه، ولا يعتبر رضى المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولا ويعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ولا أصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فلهما ضمنا لمن لم يعرفا وعن من لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة، وإذا فهمت اشارة الآخر صحت ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصحت ضمانه كالتألق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرية قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن ملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بمشرة دنائير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيـهـ كـه فقال والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بمجمل فخره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « كم تستنظره ؟ » قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فحاه في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين أصدت هذا ؟ » قال من معدن « قال لا خير فيها » وقضاها عنه رواء ابن ماجه في سنته ولانه ضمن مالا بمقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فنندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بمقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالا ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاء قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجم به لان أكثر ما فيه هنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً لا فضمنه حالا لم يصر حالا ولا يلزمه اذاؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولا أن

(مسئلة) (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان مآله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تدانيه به صح)

يصح ضمان المجبول فتي قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روز ما تجك صحت الضمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام ماله فلم يصح مجبولا كالثلثين .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير مختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصحت في المجبول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بفرر وخطر وهو ضمان المهددة، وإذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضامن
الزمام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل
أجله لأن ضمانه لم ينبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة
مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كالأجل
كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا
الزمام ما لم يجب على المضمون فأشبهه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل
حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا لاحداهما على الاخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى
(فصل) واذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فأت أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل
يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان
الدين لا يحل على شخص يموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل
فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ؟ يخرج على
الروايتين فيمن قضى بغير إذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى التحريم الدين من تركته
لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله
وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا
أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو يمت وقوله أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل
وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

(مسألة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضامن كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت
الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلى ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلى ضمانها فصح في الجهور كالتق والطلاق
(فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة
كأني قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال في هذه المسئلة الضامن ضم ذمة الى ذمة في الزام الدين
فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا : قد ضم ذمته الى ذمة المضمون
عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سلوا ضمان ما يلقيه في
البحر قبل وجوبه بقوله الق متاعك في البحر وعلى ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان
الجمل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

(مسألة) (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كضامن الديون ويثبت
(المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الخامس)

وبعد الموت وهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد واصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمجمل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هاهنا يا رسول الله وأنا لها ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لملي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملها أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلده» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلده» حين أخبره أنه قضى دينه ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا بالضمان صار له وفا وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاً، وأما قوله «لملي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو بما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أمت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذم الثلاثه أيهم قضاء برئت ذمهم كلها لانه حق واحد فاذا قضى مرة سقط فلا يجب مرة أخرى، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وإن أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وإن أبريء الضامن الثاني بريء وحده، وحتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة بالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وإن ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فإن ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) (أوصح ضمان دين الميت المقتضى وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلده» ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الدمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براهته بمجرد الضمان روايتان (أحدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوته في الدمتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منها وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تمذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عند تندر استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فلك مطالبة كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتها فلك مطالبة من شاء منها كالضامنين اذا تمذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برى الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انقسخ من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برثا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال التبرم برثا جميعا لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما التبرم برثا جميعا لان الحوالة كالتقضاء (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حيا كان أو ميتا مليئا أو مفلسا وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء ولان ذمته قد خربت خرابا لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حيا ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكرناه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في إحدى

ويثبت الحق في ذم ثلاثة أتهم قضاء برئت ذمتهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برى الضامنان لانهما فرع ، وان أبرأ الضامن الاول برى الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برى وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم . والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برى كفيله وان مات الكفيل الاول برى الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برى وحده (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرما فيه ، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفّل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال « الآن بردت جلدته » رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشهادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة « وبرىء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاجرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالتن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالرد بالبيع وبالمقابلة وهذا مذهب الشافعي (مسألة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فضمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه ، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بميب أو أرض العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان البجاجة تدعو الى الوثيقة على البائع ، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال البعد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة مستتفة لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءا منه فان ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بإداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لأنهم فروع له ، وإن أبرىء أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه ، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانيا ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعا، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدنه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبرىء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يجز لأنه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعا له فيما كفل به وإن كفل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

وبعد . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقا لم يجب على البائع شيء وهذا ينبت على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضيا إلى الوجوب كالجمالة وسنذكرها ، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهدة أو نمته أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهدة أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند إطلاقها على الزادة لأعلى الجمل وإن كان الموضوع لفئة . فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبت في صحة في العهدة على طريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارنة له فأما الحادث فنل تملك المكيل والموزون في يد البائع أو بنصب من يده أو يتقايلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه ، وأما إن كان بسبب مقارنة نظرنا فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارنة لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة ، وإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضا لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿مسئلة﴾ قال (فتي ادى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه فأما أن قضى الدين متبرطاً به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو أطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد إن قال اضمن عني واقعد عني رجوع عليه . وإن قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لأن قوله اضمن عني واقعد عني اقرار منه بالحقوق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، وإذا كان مخالطاً له رجوع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لانه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فإن ردها فهو كما لو استحققت كلها وإن أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها معيبة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عنها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائث فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فإذا بنى أو غرس فاستحق المبيع رجوع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد ينأ جوازه

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا ماله الى الزوم لأن المكاتب تجب نفسه والامتناع من الاداء فإذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والتقصار فإن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وإن ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تقريظ منه فلا شيء على الضامن وإن تلف بفعله أو تقريظ لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالنصوب والمواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال ضمن غني، وما ذكرناه ليس بصحيح لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالتقدي بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجوع والا فلا لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك أذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) (فأما الأعيان المضمونة كالنصوب والمواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة فأما يضمن ما يثبت في الذمة ووصفنا لما بالضمان أعانناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، قولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استقناذها وردها والزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة الزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمنافسة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لأنه لا يؤول إلى الزوم أشبه مال الكتابة

ولما قول الله تعالى (وإن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى الزوم إذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرض الخبابة سواء كان نفوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالدينايات وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الدية معلومة الاستان والحد وجباله اللون وغيره من الصفات الباقية لا تنضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمنعه وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبله لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبل ما لها إلى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالأعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه بصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجمالة والصدقات قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره وقولهم إن أدته في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فتي أداء عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة قلنا لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولأنه تبرع بذلك أشبهه مالهو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الأول أنه قضاء مبرى من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضا عنه عند ابتاعه فأما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه فصدأ تبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بأنه لم يترك وفاء والتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فإن كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بإذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين) وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن بإذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد إن قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وإن قال انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لأن قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكرناه ليس بصحيح لانه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه مالهو تبرع، الوجه الثالث أنه إن تذر الرجوع على المضمون عنه فدفعت عليه رجه وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فالما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطلق لان نفس الحوالة كالاقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك أدبه في الاداء لان الضمان بوجوب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، قولهم ان إذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فنتى أداء عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره فقيه روايتان (أحدهما) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لأنه تبرع بذلك أشبهه ماله علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه، قلنا علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وقاه والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فالما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لانه لم يفضي عنه ولا أذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبة بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول اولى ، ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بأمره فطوّل الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان لسيد مطالبة بفكاكه وتفريغه من الرهن والاول اولى . ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منفعه فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ماضى تفصيله (فصل) وان ضمن الضامن آخر ففرض أحدهما الدين برئ الجميع فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد اذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو اذن المضمون عنه لضمانه ولم يأذن الضامن لضمانه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع على الآخر على احدى الروايتين فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من اذن له دون غيره

(المغني والشرح الكبير) حكم ما اذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى الدين أحدهم ٩١

المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منائمه ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي، وقيل ان هذا ينبنى على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برثوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضمائه ، فان لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او اذن المضمون عنه لضمائه ولم يأذن الضامن لضمائه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروايتين، فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له ائلف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فابرا الغريم أحدهما من الالف برى منه ويرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبراه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بينة عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتدل ان له صرفها الى ماشاء منها كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبريء ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى القا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لمرجع على الغائب بشيء لانه باء كاره معترف أنه لاحق له عليه وإنما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه، وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف برى. فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه. يمينه فتسقط عن ضمائه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين انما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وخالف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه إما يرجع على من اذن له دون غيره
(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منهما نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه
فأبرأ الترم أحدهما من الالف برى منه وبرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء
أحدهما خمسمائة أو أبرأ الترم منها وعين القضاء بلفظه أو بينة عن الاصل والضمان انصرف اليه
وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منها كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان فائب وحاضر كان له
صرفها الى ما شاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء
والأبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الأبراء
لفظ المبرى ونيته ومتى اختلفوا في ذلك قال قول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر
بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر قال قول قوله مع يمينه
وان أنكر الحاضر قال قول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب
بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن
انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يتم على
الحاضر بينة حلف وبرى ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف وبرى ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له قال قول قول المضمون له لانه
ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاضيل فان
رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع
عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه
المضمون عنه أو كذبه لانه اذن في قضاء مبرى ولم يوجد ، وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن ان
كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بينة
مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها ، وان
ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن اشهد عبدين أو شاهداً واحداً
فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائباً احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس
له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه
ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ
كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبرى فأشبهه ما لو قضى في غيبته
(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضا
ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي وبمحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمرة المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه يمينه فنسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأذكر المضمون له ولا بينة له قال قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأتمنه فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وأن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبريء ولم يوجد وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وان قضاء بينة مردودة بأمر ظاهر كالنكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدورها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبيدين أو شاهدا واحدا فردت لذلك أو كان ميتا أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبريء في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبريء في الظاهر .

(مسئلة) (وان اعترف المضمون له بالقضاء وانكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لأن ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقضاء من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

(مسئلة) (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغيرم ولا به تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ورجع بالاقبل مما أحاله أو قدر الدين سواء قبض الغيرم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء فليس أو مطل لان الحوالة كالا قباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بنيرينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري فأشبه ما لو قضى في غيبته ، فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به اليينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبري في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يحجب بالباقي المبري في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة الرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفترق الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً مات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منها؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بنير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكي زفر ان لهم مطالبته لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يموت وقولهم ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لم يمتنع الكفالة وبطل الشرط لانه وصل بإقراره ما يبطله فأشبه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمانا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانقراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله ان شاء، وان ادعى أحدهم الألف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عاينها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وانما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثار، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحمير فجاءه الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل؟» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من اين أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لا خير فيها» وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولانه ضمن ما لا يقدر مؤجلاً فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بقصد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً اذا ثبت هـ هذا فكان الدين حالاً فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاء قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالـ كفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأثني به إلا أن يحاط بكم) ولان ما وجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفر، به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يترم

ولنا عموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانها أحد نوعي الكفالة فوجبها الترم كالـ كفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه كان كفילה به وان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك إلا باحضاره كله، وان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كبده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها إلا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعاق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال القاضي لا تصح الكفالة بعض البدن ولا تصح إلا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان ما فيه ههنا انه قضى بغير إذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح حالا ولم يلزمه أدائه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يثبته عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولا نأخذ بتينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء بالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانها قد يجب احضارهما بحسب الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنها، وتصح الكفالة بدين المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح . ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والجس كلزهن والضممان ولان الجس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده الى الجس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة بدين من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لا دمي كحد القذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي ولا لمان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لا دمي فصحت الكفالة به كمائر حتموق الآدميين . ولنا ما روي عن عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال « لا كفالة في حد » ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تنذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يقتصر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لامته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضل اشتراك فقالا ضمانك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهما بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أوصسته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلا ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقضى اطلاقه الحلول كالتن والضمان ، فاذا تكفل حالا كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالاته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كالأجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه اشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه وإعادته ، وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يستبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وأبو خنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والاثار ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلتصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأثني به. الا ان يحاط بكم) ولان

ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كاللأل

(مسئلة) (وتصح بيدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة)

تصح الكفالة بيدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بيدن لازم سواء كان معلوما أو كان مجهولا ، وقال بعض الشافعية لا يصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجبهه

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال طارض ولانا قد

النية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت النية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حبس وقد دللنا على وجوب الترم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الترم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا يرى كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لنية شهوده أو غير ذلك وقد هرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان المقد كالمسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بيننا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء قال كفاية التي لاتعلق بالمال ابتداء اولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالانلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنها ويصح يدين المجهوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صححت مع الحضور صححت مع النية والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المجهوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت النية غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى يمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالنصوصب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسألة) (ولا يصح يدين من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه أو لا دمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لمان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً لأن ذلك الحبس بمنه استيفاء حقه وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه وإذا طالب الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس وإن توجه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الاول أو حق المكفول له

(فصل) وإن كفّل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وإن جمعه إلى الحصاد والجزاز والعتاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى منها عن أحمد في رجل كفّل رجلاً آخر فقال : إن جئت به في وقت كذا والا فإعني عليه علي فقال لا أدري ولكن إن قال ساعة كذا لزمه . قصص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسماً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما إن قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وإن قال إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو أحد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لا كفالة في حد » ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناه على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا نهى عن التجاوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمسكاتب من أجل دين الكتابة لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(مسئلة) (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه (مسئلة) (وإن كفّل بجزء شائع من السان أو عضواً أو كفّل بالسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين)

أما إذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يديه أو بوجهه كان كفيلاً به فإن كفّل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربهه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه احضار ذلك إلا باحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسري إذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والاجارة ، وإن تكفل بضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها إلا باحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها تصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يحز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يحز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيها عند

فثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعتاق (وثاني) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بانسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أو ضامن ماعليه لم يصح عند القاضي فيها لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيها لانه ضامن أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان الهبة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فأنا كفيل بيدن فلان أو فأنا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فأنا ضامن لك ماعليه أو اذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان أو قال أنا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يحز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يحز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فعلى هذا لا يلزمه الكفالة الا ان يبري المكفول له الكفيل الاول لانه إنما كفله هذا الشرط فلا تثبت كفايته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو وضمت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال (فصل) فان قال كفلت بيد فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرط لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فلي هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرئ المكفول له الكفيل الاول لانه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالاته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الفريم على أن تبرتي من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرتي من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرتي من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ يوم آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا .

(مسألة) (الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يشتري الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاء ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالتذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان (والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل نفسه حقاً عليه وهو الحضور منه من غير رضاه فلم يحجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون منه

(مسألة) (ومتى أحضره وتسلمه بريء الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجه ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقضى الحلول كالثمن والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يدحالة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يدحالة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالاته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المقود عليه كالأجارة فان امتنع من تسلمه بريء لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غرضه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبرئ منه كالتسليم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على انتاعه رجلين وبرئ لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلا لانه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدي الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انك أحد الرهين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرطاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرىء المكفول به بريء كفيلا ولو أبرىء أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة المقدين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفتقر صحة الكفالة الى رضی الكفيل لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضی المكفول له لانها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولانها ألزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به فقيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالضمان

فلم ما وقع العقد على فعله فبرىء منه ، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه ، وإن كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة التبريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله كن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي أن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك للموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما إذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي يشرطه ولانه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لنسبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فتم لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولا نه يجمل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يحز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استمار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وأما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يحز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للبائس دون الأمر لانه كفيل باختيار نفسه وانما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يردده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له جسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برىء الكفيل) اذا مات المكفول به برىء الكفيل وسقطت الكفالة ، وبه قال شريح والشمعي وحاجد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به ببرىء الكفيل كما لو برىء من الدين ولان ما ألزمه من أجله سقط عن الاصل ببرىء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه ببرىء الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد برىء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿مسئلة﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والشعبي
وحمد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ما عليه
وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تمذرت من جهة من عليه الدين استوفي من
الوثيقة كالحرم ولأنه تمذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به بريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما ألزمه
من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق
ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه
دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين
فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل
مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل
(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه
كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف
بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون
المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاول أصح لانه
يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به فلما ان قال للمكفول به أبرأتك
عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه
لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(مسئلة) (وان تمذر احضاره مع بقاءه لزم الكفيل الدين أو عوض الدين)

متى تمذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا غرم عليه
ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب به
الغرم كالكفالة بالمال

(مسئلة) (وان غاب أهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تمذر احضاره ضمن ما عليه)
اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي
فيه واعادته وقال ابن شريمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يتبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويمتثل أن لا يستحلف فيها اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفّل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيها اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق ببراءة المستحق أو موت المكفول به ، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت النية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت النية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الفرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفّل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جهله الى الحصاد والجذاذ والمطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جمل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفّل رجلاً وقال ان جئت به في وقت كذا والا فاعليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه ، فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الغد أو الى شهر كذا تعلق بأوله علي ما ذكرنا في السلم فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعلق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه (مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة بأذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا

اذا كفّل رجلاً بأذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذي على ذمي خر فكفيل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمها قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا برىء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فإن عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احمل أن يكون توكيلا في إحضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للبشر دون الآمر لانه كفيل باختيار نفسه وانما الأمر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء (فصل) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الأمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له

ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيله وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم للمكفول به نفسه لانه أصل لها فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيله لانها فرطه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيله ولو أبرىء أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل اعطه غني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لانه لا يلزمه لأجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أداؤه

(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فالتى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده الا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضم الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة ضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا تفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريباً لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منهما فاذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع نخيف غرقها فالتى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لانه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وان قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له فان قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لان ضمان مالم يجب صحيح، وان قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضم الجميع انما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة ضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا تفعل أو لم يسمعوا لان سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فان مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الالف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليعني بعضهم على بض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مالم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قامرهما ان ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة النان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال احمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليعني بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل انا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى، والشركة نومان شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة النان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فأنهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا متفق فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون كذلك رواء الاثر من أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا تجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شبر أخذاه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتضمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم بيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فأنهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا متفق فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فإنه علل بكونهم يربون كذلك رواء الاثر من أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا تجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عند يهودي على شبر أخذاه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى اليسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتضمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم بيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتريه أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والعامة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل ابحاثه وحله، فاما المجوسي فان احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا، قال حنبل قال عمي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

(مسئلة) قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخشب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والتقالين والحالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجئنا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في النسيئة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القتال يخص به دون الغامين وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاختشاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فاما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة النان ان يشترك اثنان بما لهما ليعملا فيه يديهما وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم فقيل سميت بذلك لانها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فريسيهما وتساويا في السير فان غنايهما يكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال غنت الي حاجبها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من الماتة وهي المارضة يقال طانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأقاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأقاله وهذا يرجع الى قول الفراء اذا عارضته بمثل ماله وأقاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأقاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(مسئلة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم أو دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مفضوشة لانها قيم الاموال وأثمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زماننا هذا من غير فكير (فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بأسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال: اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحجى أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرم عليه وقال أحد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم، فان قيل فالمتاع مشترك بين الغانمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى أخذ شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الاسلاب والنفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحجى أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى إنما جعل النسيئة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزله الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك، وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أحجم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يبيحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو مثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيغني عن التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان وهذا لا يجوز، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمنازع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والاوزاعي وحاد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في المالكين جميعاً وكون ربح المالكين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الايمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالائمان ويرجع

أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالأشتركا في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) ونصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطلب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعها لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطلب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كالأشتركا في الصنائع ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحق فيهما من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اختلفت الصنائعان ، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتل أن لا يلزمه ذلك لأنها كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيهما وإن قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، وبدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أقبل وأنت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) وإذا قال أحدهما أنا أقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك صحة الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها ، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت التقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يحز وجباً واحداً لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها ، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بتقدي فصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمشوش والفلوس ؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمشوش من الأمان هل تصح ؟ على وجهين (أحدهما) لا تصح سواء قل الفش او كثر وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ان كان الفش اقل من النصف جاز وان كثر لم يحز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مشوشة اشبه مالهو كان الفش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الفش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن اتحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم الفقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت (المغنى والشرح الكبير) (١٥) (الجزء الخامس)

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة، والمستأجر دفعها إلى كل واحد منها وإلى ايها دفعها برىء منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفریط فهي من ضمانهما معاً لانهما كالتوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تمتد إلا على الضمان ولا شيء فيها تعتقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتمل ان لا يلزم احدهما مالزم الاخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفریطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احمد في رواية اسحاق بن هاني. وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الابدان فيأتي احدهما بشيء ولا يأتي الاخر

العروض، ولا نصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احمد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وامي ثور لانها بمن فاشبهت النرام والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتكسد اخرى فاشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزائياً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿مسئلة﴾ (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثلث والربع)

لأنها أحد أنواع الشركة فاشتراط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضاهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بإنسان فنصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الآخر ان يعمل معه او يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه انما شاركه ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فاوفاى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على البهيمن او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلهما الحمل اثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن أجراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمها وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالكين لان الربح في هذه الشركة يبيع للمالك فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العا، مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن بشرط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وقارق الوضعية فانها لا تعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قالا الربح ينشأ فلهينها نصفين) لان إضافته اليها إضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قالا الربح ينشأ

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به فملى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالكين

(مسئلة) (وان شرطاً لاحدهما جزءاً مجهولاً لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالتنن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالتنن في البيع

١١٦ اشتراط درام معلومة لاحد الشريكين في الشركة والمضاربة لا يصح (المغنى والشرح الكبير)

التي اكثرهما ولان الشركة اما أن تعتمد على الضمان في ذمهما او على عملهما وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرتي بيني وبينك لم تصح كما لو قال به عبدك وعنه ينشأ لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيها يكتسبان من المباح بأبدانها فان اطان أحدهما صاحبه في التحميل والتقل كان له اجر مثله لانها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعمل بأداة هذا في بيت هذا والاكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقت على عملها والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستملان في العمل المشترك فصارا كالدايتين اللتين أجرهما لحمل الشيء الذي تقبلتا عمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما واجرا الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فانفقوا على ان يعمل بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفاً شرطاً صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد وقتل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة درام معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح) وجهه أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء درام معلومة أو جعل مع نصيبه درام مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة درام بطلت الشركة . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم علو، ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه درام معلومة ، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة درام أو نصف الربح وعشرة درام كالجواب فيما إذا شرط درام مفردة، وإنما لم يصح لأمير (أحدهما) انه اذا شرط درام معلومة احتل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتل ان لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستغنى من شرطته له الدرهم (اثنائي) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان الدامل في المضاربة متى شرط لنفسه درام معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم قاعدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح .

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح احدي السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بينه لانه قد يربح في ذلك الميعن دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يحز وبهذا قال الشافعي

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تدون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الايمان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكيها ، وقال القاضي يتخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بينهما فالأجر للمالك وان قبل حمل شيء فحملة عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجرة مثلها للمالك ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها بهذين أن يخرجها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في ربة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فإن الأجرة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحي ولأن ربح نصفه هو نصف ربحي ، ووجه الأول أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يحز كما لو قال لك ربح هذه الحماسة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراد ربح شيء من المال

(مسئلة) (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

(مسئلة) (ولا يشترط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة النان إذا عيناها أو احضراها وبه قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يدوكليهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنفد الشركة كما لو كان من المكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لثل هذا بالمزارة فقال: لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيـد على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنـية أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسئلة الدابة، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وان دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يحز مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يحز نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء رآه جائزاً لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر على الشطر قيل لابي عبد الله فان كان التساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثمناً

ولنا أن الوضعية والضمان احد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنائير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشركة الا ان يتفق في مال واحد بناء على أن خلط المالين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا انها من جنس الاثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا ربح هذا بدنائيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوما المبتاع بقدر البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل ولنا أنها مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) (وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما)

وعشرا ثلثا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والتخمي والزهري وأبوب وبلي بن حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن علقم وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس ما نقل عن أحمد حجة الشركة وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تسمى بالعمل فيها فصحت دفعها ببعض مائها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قبض الطحان وهو أن يعطي الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقبض دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض مموله أجرا لعمله فيصير الطحان مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جواز ما ذكرناه من المسائل (فصل) فإن كان لرجل دابة ولا آخر اكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته لتكون أجرها يتنا وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرها يتنا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا اذا أجرا الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه متفردا فلكل واحد منها أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر يتنا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة السنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال الى صاحبه وأنه وبأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لان العقد وقع على ذلك قاما ما يشترطه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لانه أعلم بنيته

(مسئلة) وان تلف أحد المالكين فهو من ضمانهما اذا خلطا المال وان لم يخلط فكذلك (لان العقد اقتضى ان يكون المالكان كمالك الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه (مسئلة) (والوضيعة على قدر المال)

الوضيعة هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا، فالوضيعة اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به او غير ذلك، والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لا شيء على العامل منها لان الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالبيمة فلي هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولاهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بخل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدم فاسد في المستثنين جديا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكامله والراوية هنا تخلق وتقص، ولا اجارة لأنها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما غرق الماء في الاناء ملكه فإذا باعه قسمته له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه اجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لاشيء فيه للعامل فيكون تقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من الثمار، فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمار وان تلف الشجر أو هلك شيء من الارض يفرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشري ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) يجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشري مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه مادة التجار، وله أن يقبض المبيع والتمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما يليه أو وليه صاحبه، وله أن يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك أن أقر بالتمن أو بفضه أو اجرة المتأدي أو الخلل لان هذا من توابح التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة لان مبنائها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت بيعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فلا يملكه كالرد بالعيب والآخرة لا يملكها لأنها فسخ فلا يدخل في الاذن في التجارة وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المتافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعائنها لان حقوق المقدم لا تختص بالمقدم

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالأجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربهه بربع الأجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والأجر بينهم على قدر أجر مثله لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بموض واحد هل يكون الموض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين .

(مسئلة) قال (وان اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بمالهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز) ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة البدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الحرقى في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلمة عليه بسبب فله ان يقبلها وان يعطي أرض العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسئلة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه على مال ولا غيره لان الشركة انقضت على انتجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يجازي لان ذلك ليس بتجارة

(مسئلة) (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا بأذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطرا فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى الانسان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من انسان بضاعة ويعطيه بثمان ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

(مسئلة) (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يبيع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين)

أو مالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان مال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح ماله غيرهما لهما إذا أخذوا المال بمجاهم فلا يكونان مشتركين ماله غيرهما وهذا محتمل والذي قلناه وجه لكونهما مشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الحرق في هذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخالفاً لنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة ، ولأن الحرق ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الحرق (واقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بماليهما وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بمجاهم أو فئة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما اشتريه أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال ولم يبين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو بينهما ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رأس أموالهما على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قاله الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صفاً من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الإيداع والابضاع على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجارة وقد تدعوا الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى المحال ، وهل له أن يبيع نساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تفريراً بالمال ، فإن اشترى شيئاً بنقد عنده مثله أو تقدم من غير جنسه أو اشترى شيئاً من ذوات الأمان وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدأه على مال الشركة وليس له ذلك لما ذكره ، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بقصد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد شركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالزول ، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرهن بالدين الذي لهما على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للإبقاء والارتهان يراد

وانما أهما اشتراكا في الاتباع واذن كل واحد منهما لآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كالأمر ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشتريت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك اذا قال ما اشتريناه أو ما اشتراه احدهما من تجارة فهو بينهما فهو شركة صحيحة ، وهما في تصرفهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصومتها وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه لانهما يشتركان فيما يشتركان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجهه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه .

للاستيفاء وهو ملك الايفاء والاستيفاء فلك ما يراد لهما ، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص بالمقابلة وكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما تقع في التجارة من الاضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله والسفر به والابداع والبيع نساء والرهن والارتهان والائالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ، فاما التمليك بغير عوض كالمهبة والخطيئة لغير فائدة والقرض والعق ومكاتبه الرقيق وتزويجه ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسألة) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له ، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يجز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضيعته ، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجه الفأ فهو له ربحه له والوضعية عليه ، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد بخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي انشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها الفأ من ماله ، ويفارق الصرف فانه بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كيفية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومساها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعمل فيهما بإبدانها والرجح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنايهما يسكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال غنت لي حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعاتة وهي المعارضة يقال عاتت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافعله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير قلها قيم الاموال وأمان اليباطات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زماننا من غير تكبير، فاما العروض فلا يجوز الشرك فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب وحكاه عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لان اشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او اماناتها: لا يجوز وقوعها على اعيانها لان اشركة تقتضي الرجوع عند المعاوضة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لما فيرجع اليه وقد يزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز لنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان يتفرد احدهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسموا الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تماثل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسموا ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بمال دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالبيع

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبايع وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فأنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت المقد رأس المال قال أحمد إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطتا، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، نظاهر هذا صحة الشركة، اختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والأوزاعي وحامد بن أبي سليمان لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفارقة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي إن كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في أحد الوجهين لأنها من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفارقة بثمنها وإن لم تكن من ذوات الامثال لم يحز وجها واحدا لأنه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسألة) (وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس واحرازه) لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف أن هذه الأمور يتولاه بنفسه (فإن استأجر من يفعل ذلك فلا جرة عليه) في ماله لأنه بذلك عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة أن يستتب فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والتداء (فله أن يستأجر من يفعله) من مال القراض لأنه العرف (مسألة) (فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لأنه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمراة التي تستحق على زوجها خادما إذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر أن له الاجرة لأنه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالأجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بينه أولا يبيع الا بتقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل مما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو سامة بينهما أو مالا يعم وجوده كاليافوت الاحمر والحيل الباق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو أن لا يبيع الا بمثل ما اشترى به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له (فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المفشوش من الاثمان قل الفش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان الفش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا أنها مفشوشة فأشبهه مالهو كان الفش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن الفضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الفش قليلاً جداً لمصلحة النقد كسير أغضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لأنه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ممن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تتفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالسكية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع بعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بينه وسامية بينهما كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه يمنع الربح بالسكية وكذلك إذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا بمن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بمحالة الربح أو ضمان المال أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو أن يوليه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو أن لا يفسخ الشركة مدة بينهما، فأيعود بمحالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو أن لا يعزله مدة بينهما أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا بمن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه أحمد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك، ولا نهان من جنس الاثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفصلا يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه أحمد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أرادا المفصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخرة ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الاثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً (فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وبه قال الحسن والشافعي وانصبي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تقوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع نقسخ الجائز بحكم الأصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين أو أحد الألفين أو أحد العبدتين أو أحد السقرتين أو ما يرجع في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترط أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو يعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منها من الربح أو إلى قوائمه بالكلية ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوماً .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة النقد ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معللاً، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في الموضع المقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خيراً أو خبزيراً ولأن جهالة ثمنه من التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدقمه إلى المضارب، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالتصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضراهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالين لأنها إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تعتقد الشركة كما لو كان من المكيل.

ولأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالها وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا أن الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى بمقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما ميمزاً ورجحه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه رجحاً متميزاً وباقيه مختلط

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالشكاح والعناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل وكالشرط الفاسد في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مسئلة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضعية عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه تمام المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساويا مالاها وعملها قفاص الدينان واقتسما الربح نصفين وإن فضل أحدهما صاحبه يقاوم دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنها يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالشكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجزونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وإن عزل أحدهما صاحبه انزل المزيل فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، وللمازل التصرف في الجميع لأن المزيل لم يرجع عن اذنه

كان له مانع من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واختار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن أحد قال إذا اشتركا في المروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح والمنهجب الاول قاله القاضي وكلام أحد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالمروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لما سلكه لا بماؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة النان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه امنه وبأذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو ببلد انصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالأذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والتمن ويقبضها ويخاضع في الدين هذا إذا رض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزل له رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبيع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المثل المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا إنما يصح اذا كان الربح على قدر المثلين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتمتع البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة وبأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وله مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولى عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيها ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فينزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضى دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويجعل ويحتال ويرد باليب فيها وليه هو وفيها ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت بحرى الايمان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لها وعليهما لان حقوق المقد لا تختص العاقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يحتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تعتقد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج البدقانه محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يجابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل ذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لها لانه تملك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد بخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالشاركة فيه فلم يحز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه بيع وإبدال عين بين فهو كبيع الثياب بالدرام ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) قاهل الرقاق يسمونه مضاربة مأخوذة من اضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا ، وينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي منها لان القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه كالوكالة وهي محم على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروي مالك عن زيد بن أسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتاطا به متاعاً وقدمتا به الى المدينة فباتا وربحاً فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن الملا بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان قارضه وهن فتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب نص عليه احمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن البيع أو بحجبه أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلطة عليه بسبب فله أن يقبلها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لما عن غريمهما لزم في حقه وبطل في حق شريكه لانه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لما دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالأبراء

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسنذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لانه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي بما في يديه فلا يضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالقراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لانه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لانه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولان هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطاً وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعاً ولان بالناس حاجة إلى المضاربة فان الدرهم واندانير لا تقي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجتين

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر الا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول اشوري والثاقفي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصين كالمال والربح يتنا فانه يكون بينهما نصين كذا هذا ، ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى ان له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح للمضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما إذا قال الربح يتنا فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصين لانه أضافه اليهما إضافة واحدة فلم يرجع أحدهما على الآخر فاقضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسئلة) (فان قال خذ فأنجز به والربح كله لي فهو باضع) لانه قرن به حكم الا باضع فأنصرف اليه (مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا فراض لان قوله خذ فأنجز به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لانه مادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمل ، وفي التوكيل فيها يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بمقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالزول، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون التخص من حقوق العقد وحقوق العقد لا يخص الماقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فاما الاقالة قالوا ولي انه يملكها لأنها إن كانت يماً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد باليب إذا رأى المصاحبة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة إذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ، وبجمل أن لا يملكها إذا قلنا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ، وان قال له اعمل برباك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذ مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إِبضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف اليه كما لو قال أنجز به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لانهما دخلا في القراض فاذا شرطه لأحدهما فسكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمت صحة العقد

ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة التان لأحدهما ، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقرض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) إذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو ربه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه مأوؤ وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فشرط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الأصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والابداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تملكا بغير عوض كالحبة والحطيطه لغير فائدة والقرض والعتق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فريجه له ووضيعة عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجيء ههنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انزل الميزول فلم يكن له أن يتصر إلا في قدر نصيبه وللمازل التصرف في الجميع لان الميزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وإن كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالميزول وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذ عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه يزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبهه الوكالة ، فلي هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فضلا وان طلب أحدهما القسمة والآخر البيع أحيب طالب القسمة دون طالب البيع ، فان قيل ليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان المامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة (قاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للمامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فلي ان الباقي له لانه لو قال أوصيت بـ هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا ههنا وهي أصح

(فصل) فان قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء المامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وإن قال خذ هذه مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للمامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والمامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للمامل قليلا كان أو كثيرا) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لثفي الاحتمال كما يجب على المنكر لثفي ما يدعيه المدعي (فصل) وان قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلاث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أوجب إليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظلم الربح إلا بالبيع فاستحققه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجز على البيع

(فصل) فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فإن كان مولى عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل إلا ما فيه المصلحة للمولى عليه، فإن كان الميت قد وصى بمال الشركة أو بعضه لمعين فالموصى له كالوارث فيما ذكرنا وإن وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للموصي الأذن في التصرف لانه قد وجب دفعه إليهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وإن كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث إضاء الشركة حتى يقضي دينه فإن قضاء من غير مال الشركة فله الأتمام وإن قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل المراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السقر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح

هذا معناه وإن قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله التصف وإن قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه مالو شرط الحسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كذهبا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فإن شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وإن قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لأن إطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لهما الربح يتنا ، وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنهما في العمل بإبدانها فلم يجز تفاضلهما في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو اتفردا ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلهما في الموضع كالأجيرين، وشركة الأبدان كستلتنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما أن ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وإن قارض اثنين واحداً بألف لما جاز فإن شرطاً له ربعاً متساوياً منها جاز وكذلك إن شرط لأحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما له ، وإن شرطاً لثلاث الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بهم ، وبسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال قرض الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بضره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازن . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروى عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال بتم مضاربة يعمل به في العراق وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابنا به متاعا وقدا به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال واربح كله فقالا لو تلق كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خالف المضارب فلا ضمان مما على ما شرطاً وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخالف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدرام والدنانير لا تنمي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجاهلين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا قلنا تنقد بلفظ

ولنا أن أحدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لبد أحدهما أو لبديهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جعل الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثاً كان لصاحب البد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي ، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح ، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجبي لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارم مملومة وان قال لك الثلثان على أن تعطني امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنها لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لان المقصود المعنى لجواز بما دل عليه كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ماجاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز ان يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع ان يشترك مالان وبدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف ان يتصرف فيها على ان يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربه وذلك لانه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربح، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا انما تمنع الاشاعة الجواز اذا كانت مع غير العامل لأنها تمنع من التصرف بخلاف ما اذا كانت مع العامل فأنها لا تمنع من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة ، فان شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة انما تحصل اذا كان الربح بينهما قاما اذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه لأنها في معناها **(مسألة)** (واذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه له الاقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه اذا تصرف العامل نقذ تصرفه لانه اذن فيه رب المال فاذا بطل عقد المضاربة بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينقذ مع ان البائع قد اذن له في التصرف ؟ قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالاذن فان اذن البائع كان على انه ملك المأذون له فاذا لم يملك لم يصح وهنا اذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه اذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) ان الربح جميعه لرب المال لانه ماله وانما يستحق العامل بالشرط فاذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي ابو جعفر ان الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطوا قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إبطا لا غير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز أن يضم الي القراض شركة كالا يجوز أن يضم اليه عقد اجارة . ولنا انهما لم يجعلا أحد المقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفامضاربة وقال أضف اليه الفامن عندك وأعبر بها والربح ينشأ لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل . ولنا انهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز أن يفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لما كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة الشان ولنا أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وقارق شركة الشان لان فيها عملا منهما فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جمعا الربح بينهما نصفين ولم يقولوا مضاربة جاز وكان إبطا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سذكروه انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفامعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية ابني

فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا أنه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من تواج المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتواجها كالصلاة ، ومنع وجوب المسمى في التكاح الفاسد وإذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تابعا فاسدا وقابضاتلف احدالموضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فلي هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يظرفان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بماله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديه وتقريطه لان ما كان المقبوض في صحيحه (الجزء الخامس) (١٨) (المغني والشرح الكبير)

الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق الشروط له من الربح بماله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان بدء عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والحرقى على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولما أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن يفرد به أحدهما مع وجود الآخر من الآخر كاللهم وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بحجزه مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنه بنضمهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فتوطن (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعلا

مضمونا كان مضمونا في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولانها اذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تعديه كذلك ههنا (مسئلة) (وان شرطت المفاوضة فهل تفسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربك على هذه الدرام سنة فإذا مضت السنة فلا تبم ولا تشتري (احدهما) يصح قال منها سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا الفاضلية شهراً فإذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فإذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص المكبري لأمر ثلاثة (أحدهما) أنه عقد يقع مطلقاً فإذا شرط قطعه لم يصح كالسكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع، ويان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضجاً فإذا منعه البيع لم ينقض (الثالث) أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع ويعمه بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف يتوقف بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على اقراده فصح مع غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو مجده من ركاز أو لفظة ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارض جناية وضمان غصب وقية متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وهذا قال الشافعي ، وأجازة الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة» ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كعركة العنان

ولنا أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولأن فيه غرراً فلم يصح كيبيع الثريد، ويان غرره أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الاكساب النادرة ، والخبر لا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث . يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولأن لرب المال منعه من التصرف في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال اذا انقضت السنة فلا تشتري شيئاً وقد سلوا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال به هذا المرض وضارب بشئ أو قبض وديعتي وضارب بها أو اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعا ويكون وكلا في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جملة مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي فضارب به ، وأما اذا قال اذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تليقه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد السان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الاقوص قارق الدين فانه لا يصير ملكاً للغيرم الا قبضه ، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بفريقه وصارت في الذمة لم يجوز ان يضارب عليها لما نذكره

(مسئلة) قال (والربح على ما اصطالحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن العامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجزمان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، وأما شركة الشان وهو أن يفترك يدنان بمالهما فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وإن تفاضلا فيه مع تساويهما في المال وهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي من شرط صحته كون الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تفسيره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، بحقيقة أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما خاصة من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فانه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فاذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط فاذا عدم وقال الربح يتنا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية فانها لا تعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الابدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوص بفضارب الناصب به صح لانه مال لرب المال يصح بيعه لنفصبه ولم يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعة فاذا ضارب به سقط ضمان النصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب الا بدفعه ثمننا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا يثا في الضمان بدليل ما لو تددى فيه

ولنا أنه مسك للمال باذن مالك لا يختص بغيره ولم يتعد فيه قاشبه مالو قبضه وقبضه إياه

(مسئلة) (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناله على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وأصحابنا وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا يحتمل أن يصح لانه اذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشترى باذن رب المال ودفع الثمن الى من اذن له في دفع ثمنه اليه فبرأ ذمته منه وبصير كما لو دفع اليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله

فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لانقادها على العمل المجرد، وأما شركة الوجوه فكلام الحر في بسمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولا تلتزم على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري لان الربح يستحق بالضماني إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذا هنا، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فشرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في ألف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف، وإن شرط له دون نصف الربح لم يجز لان الربح يستحق بال عمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه، وإن جملا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط، ولا يصح عندم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا، فإن قال له أعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له وإن اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون رأس المال معلوم المقدار فإن كان مجهولاً أو جزاً لم تصح وإن شاهدها وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي تصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيها في يده فقام ذلك مقام المعرفة به ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة وبغضى الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره بطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده

(فصل) ولو حضر كسبين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد منع صحته الجهالة فلم يجز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما) ذكره الحرقي ونص عليه احمد في رواية أبي الحارث وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يحمل له هنا في مقابلة عمله شيئاً وإنما جعل الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابتضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يحز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويصلان جميعاً فيه فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه بالمولم يصل معه رب المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اسطاعا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرعنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه أحمد وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح يتساكنا بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجبواً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح يتناقنا المضاربة تصح

بسمه في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويحلي بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخالف موضوعها وتناول القاضي كلام أحمد والخزقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركبي المضاربة فجاز أن يتفرد به أحدهما مع وجود الآخرين من الآخر كالل وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه ضمه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته يحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد المبد كيد سيده

(فصل) وان اشترك مالان يبدن صاحب أحدهما فهذا مجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف

ويكون بينهما نصيبين لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يرجع فيها أحدهما على الآخر فاقضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك ، وإن قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزءه أم لو ما أي جزء كان فالباقي لرب المال لأنه يستحق الربح بماله لكونه عامه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الأصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم بشرطه شيء فتسكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للعامل وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثته أبواه فلأمه الثلث) ولم يذكر نصيب الأب فعلم أن الباقي له ولأنه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا هنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو النصف أو قال بالثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لأن الشرط يراد لاجله فإن رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطا لأحدهما شيئا واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلا كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصيبين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لأنه جمل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصه ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريك ، وحصه مال شريك أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربح ، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمتع من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فاتها لا تمتع من التصرف فلا تمتع صحة المضاربة وإن شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما قاما إذا قال ربح مالك وربح مالي لي فقبل الآخر كان إبطاء لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . ولنا أنهما لم يجعلا أحدا لعقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) إذا دفع إليه ألفا مضاربة وقال أضف إليه ألفا من عندك وانجز بهما والربح يتنا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال وانجز أحدهما بالعمل فجاز أن يتفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أنساع لأن هذا مثناه وإن قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف وإن قال لك ربع الربح وربع ما بقي فله ثلاثة أنساع ونصف ثمن وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الحسنيين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال خذ ولك مثل ما شرط لفان وهما يلمان ذلك صح لانهما أشارا إلى معلوم عندهما وإن كانا لا يلمان أو لا يعلم أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال خذ هذا المال فاجبر به ودرجته كله لك كان قرضاً لا قرضاً لأن قوله خذ فاجبر به يصلح لما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه ، وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه بقي الضمان فلا يتقي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وإن قال خذ فاجبر به والربح كله لي كان ابضاعاً لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه فإن قال مع ذلك عليك ضمانه لم يضمه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وإن قال خذ مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح

مال قولهم إن الربح تابع المال وحده ممنوع بل تابع لما كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لأن فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وإن جعل الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان ابضاعاً كما تقدم وإن قالوا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا أن حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أولاً بفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم ينه عنه فيه روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيع فلم يجز له ذلك بغير إذن كالوكيل ، يحقق ذلك أن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحفظ والاحتياط وفي النسبة تفرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن أذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة أن الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولأن الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الابضاع فانصرف اليه كالتالي قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الصورتين لأنها دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة النان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لان اطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله والربح بينهما وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والثانفي وقال مالك لا يجوز لأنهما شريكان في العمل بإبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولاهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في العوض كالاجيرين ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كسثلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما ان ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يحجز تأخيرها بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأبك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لان فيه تفريرا أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقربة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه الا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المنكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لأنه فعل مالم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الاجنبي إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الحارثي صحة البيع فانه قال اذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته اذا تعدر عليه استرجاعه بتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده اليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لانه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا ان نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز واذا شرطاً له بمعامتساويا منها جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز ويكون باقي ربح مال كل واحد منها لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطاً التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يجز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح لنفیر العامل نظرت فإن شرطاً لعبد أحدهما أو لعبديهما صح وكان ذلك مشروطاً لسيدته فإذا جملاً الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاً لأجنبي أولولده أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً لمعامل العامل صح وكانا عاملين، وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقریب العامل أو لقریب رب المال أو لأجنبي لأن العامل لا يستحق الا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحداً منهما فإشترط لا يستحقه فيرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لأن في السفر تقريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى: أن المسافر وما معه على قلت الا ما وقى الله. أي هلاك ولا يجوز له التقرير بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر إذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالودعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لأن الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرأً أو حضراً ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما ان أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تبين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع مخوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في الطريق مخوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا ان يشتري بأكثر منه مما لا يتباين الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولأن الضرر يجبر بضمان النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لأنه بيع لم يؤذن فيه اشبه بيع الاجنبي، فعلى هذا ان تعدد رد المبيع ضمن النقص أيضاً وإن أمكن رده وجب ان كان باقياً أو

الثلاثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنها إذا أطلناها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيتها في المشتري لان لهما أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الابدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساوى في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسئلة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويًا في القدر فالخسران بينهما نصفيين وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً لا تعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما ، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيتها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمته ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتعاقب الناس بمثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن احتراز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وان اشترى في القدمة لزم العامل دون رب المال الا أن يحجزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحارثي ، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشتريه لفلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع وبشري بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بمرض وبشتره به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعلم برأيك فله ذلك وهل له المزاوعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزاوعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفا وقال اشترى بها شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله اشترى بها شئت دخلت فيه المزاوعة لانها من الوجوه التي يتفق بها العلماء فلي هذا لو توى المال في المزاوعة لم يلزمه ضمانه

والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لان الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من البناء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بقرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجعلته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وبمن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعتين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تقرر كونها معلومة بالقدر فإذا جهلت الاجزاء

(فصل) وله ان يشتري المبيع اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المبيع فان اشتراه بظنه سليماً فبان معيياً فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الارش فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المبيع فلتطالب الرد رد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجوز إدخال الضرر على البائمين بتبعض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لان فيه ضرراً ولانه لاحظ للتجارة فيه فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وان كان في المال ربح رجح العامل بحصته منه فان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء اذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وان كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للماقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحد صحبة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيها بشرط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح القرب أو على أن لاحدهما ربح أحد التوين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً وقال لك ربح نصفه لم يحز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه ببارته الأخرى. ولنا أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جمل الآخر فلم يحز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدي إلى انفراجه بربح شيء من المال

(مسئلة) (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بنير امر ضمن في إحدى الروايتين

والأخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقداً أو نسيئة أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الائلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لان الملك ثبت فيه ثم تلف أشبهه ما لو ألتفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشترى به لان التفریط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون ما ذنبا لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كسوها أيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البعد أو ذكر قدما غيره جاز ولم يحز مخالفته لانه متصرف بالأذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يحز له البيع لسيئة بغير إذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تقرير بالمال وقربة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر ويغارق الوكالة المطلقة فانها لا تخص بقصد الربح وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب فإذا امكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيرها بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يحز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقربة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فإذا قلنا له البيع نساء قال بيع صحيح ومهاقات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء قال بيع باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يتق على رب المال بأذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي ألتف عليهم بالتق وان نهاء عن الشراء فالشراء باطل لانه يملك بالأذن وقد زال بالتهمي وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان إذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يتق بالشراء

(مسألة) (وان اشترى المضارب من يتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسيمة لم يتق منه شيء لانه ماله وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لا يتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه اكون الربح وقاية لرأس المال فلم يتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ويحتمل قول الحرقى صحة البيع فانه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل ضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمنه بقيمته ايضاً لانه لم يفت بالبيع اكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالبيع وفات بتفريط البائث وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تحريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى: ان المسافر وماله لم يلى قلت إلا ما وفى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التحرير بالمال بتير إذن مالكه والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكي ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والشافعي) يعتق بحد حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعله فمتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندئذ يستسعى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك في الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يتق عليه كشرى بكي النان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بمئة الا ان الشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول، وإن اشترى في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذن في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعله عليه المهر والتعزير وان علفت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علفت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فله الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرية دالة على احد الامرين تين ذلك وثبت ما امر به وحرم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع مخوف على الوجين جميعا وكذلك لو اذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق مخوف ولا الى بلد مخوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه تمتد بفعل ما ليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والتخمي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضرة وأجر الطبيب وعن الطب ولانه دخل غنى انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة انضى الى أن يختص بالربح اذا لم يربح سوى ما نفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كول وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الاثرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من المأكل ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي قال لا ألما له النفقة وان كان سفره طويلا محتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام احمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل محتاج فيه الى كسوة فقال إذا أذن له في النفقة فصل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكل

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينبنى على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في دره الحد فانه يدرك بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكرأ ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لأنها ملكة فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منهما زوج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه البعد لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال مضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله ، وخرج القاضي وجين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه ألما دفع اليه المال ههنا لمضارب به ودفعه الى غيره مضاربة يخرج من كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إيجاب حق في مال الانسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تألف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالنائب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وزد بدله إن تلف أو تمرد رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التألف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على

(المنفى والشرح الكبير) الأمور التي تمتنع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل ١٥٣

أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع ما من المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك ، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر أما بذلك الموضع أو في غيره وقد نص المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة فضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتعابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص لأن الضرر ينجر بضمان النقص ، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه يبيع الأجنبي ، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا

وجه الأمانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل المدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بمخرية أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله ؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بموضع لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الناصب ، وقارق المضاربة لأنه عمل في ماله بإذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح في اشتراؤه في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ماله ينقد الثمن من مال المضاربة ، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان ماله بالحال فلا شيء للعامل كالناصر وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الناصب الأول لأنه غره واستعمله بموضع لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته إن كان ثالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لأن التلف حصل في يده وأما ما يتقاضى الناس بمثله فغير ممنوع منه لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بين المال فهو كالبيع وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يحيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحنفي، وقال القاضي إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا

(نصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الأولى) جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضا بمرض ويشترى به فإن قلنا لا يملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها الزراعة وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه الزراعة لأنها من الوجوه التي يبتغى بها النماء وعلى هذا لو توى المال كله في الزراعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله أن يشتري المصيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المصيب

إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقا لأصول المذاهب ولا لثمن أحمد فإن أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولا للمضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما والثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع إليه الفاضل مضاربة ولأنه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

(فصل) فإن أذن رب المال في ذلك جاز لئس عليه أحمد ولا لئس فيه خلافا ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئا بن الربح كان صحيحا وإن شرط لنفسه شيئا منه لم يصح لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق لواحد منهما فإن قال اعمل برأيك أو بما أراك الله تجاز له دفعه مضاربة لئس عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة فإن قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولأنه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراه بظنه سليماً فإن مبيعاً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالمعيب أو امساكه وأخذ ارش المعيب فإن اختلف المامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المعيب فلطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساكه نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لما جيباً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجوز ادخال الضرر على البائع بتبعض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضرراً فان اشتراه باذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن له فيه جاز ويتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه لانه قد تلف ويكون محسوباً على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجع المامل بمحضته منه وان كان بغير إذن رب المال احتل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عينا لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا مملوكه

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح ان يشتري خمرأً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للعسل مالا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

(مسئلة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجملة ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر باذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتنفس المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أتلفه بعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيها يثلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل علما بأنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى معييا لم يعلم بسببه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وان غاب انتكاح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فان قلنا يلزمه رجم به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء اذا كان بغير اذن لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وشراء زوجها يضربها لانه ينفسخ نكاحها ويضربها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كسرها ابنتها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يحز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به مناقمة كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكلا جير المشترك

ولنا أن المضاربة على الحظ والنها فإذا فعل ما يمنعه لم يحز له كما لو أراد التصرف بالتبين وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسامته فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولما لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكمتا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا : والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئا لانه إنما يستحق المال أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتمدي المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يموت من المهر ويسقط من النفقة لان ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بين المال

(فصل) وان اشترى المأذون له من يتق على رب المال بأذنه صح وعق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقتنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الثمناء لانه الذي ألتف عليهم بالعتق وإن نهى عن الشراء فالشراء باطل لانه يملكه بالأذن وقد زال بالتهى وان أطلق الأذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة اذا اذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافا على السيد فان اذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق عامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يتق بالشراء

(فصل) وان اشترى المضارب من يتق عليه صح الشراء فان لم يكن ظهر في المال ربح لم يتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يتق منه شيء لانه ما يملكه وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يتق وهو قول أبي

التجارة للمب أو اشتغال بلم أو غير ذلك ولانه لو أوجب عوضا لاوجب شيئا مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة لم يحجز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وان لم يكن على الاول ضرر لقول أحمد اذا اشترط النفقة صار أجبراً له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانها تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وان كانت لا تشغله قال مايسجني أن يكون إلا بأذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله اعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وان أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه وانحجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) اذا أخذ من رجل مائة قراضاً ثم أخذ من آخر مثلاً فاشترى بكل مائة عبداً فاختلط العبدان ولم يتميزا اصطلاحاً عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فأتت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباء عن جميعه ولا عن بعضه بنير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يمتق لذلك (والثاني) يمتق بقدر حصته من الربح ان كان مصرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيمتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عدم يستسعى في بقيته ان كان مصرا ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحدا الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتق عليه كشرى في النان (فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبدا بألف ثم اشترى عبدا آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوق له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنهو ما ذكرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فغلبه المهر والتعزير وإن عقلت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها عقلت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتهما ونحو هذا

ولا تلو جعلناها للمضارب أدى الى أن يكون تقريظه سببا لاقراده بالربح وحرمان المتعدي عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناها شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضا وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحامد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهرى ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فله من الضمان كالناصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحامد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في احدي الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والا بطل والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا خبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فله الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح يبنى على التقويم والتقويم غير متحقق لانه محتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لانه يندرج بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرأ وبمرضا للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكة وان علفت منه صارت أم ولده وولده حرك ذلك ونخرج من المضاربة ونحسب قيمتها ونضيف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللمعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليتسرى بها خرج منها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه البعد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل يتمتع لوجبه (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بمحدث عروة البارقي وهو ماروي أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض لني عليه السلام جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة » فأئت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وكيف صنعت ؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بنير إذن مالكة فكان للمالك كما لو غصب حنطة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (احدهما) لا شيء له لانه عقد عقد لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق النامل عوضاً كما لو عقده باذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (احدهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته وقصد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بين المال فعلى روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ماجرت المادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع إليه المال ههنا ليضارب به ويدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) أن هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز إعجاب حق في مال إنسان بغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة والثاقيبي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فإن عمل فلم يلق المال ولا ظم فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تالفاً أو تمذّر رده ، فإن طالب الأول وضمنه قيمة انتالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لأنه غره فأشبهه مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل الثاني أجر مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب ، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح فيما اشترى في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه مالو لم ينفذ

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن واستفاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه استحق الربح في مقابلته وإن استأجر من يفعل ذلك فالأجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالتداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمل له نص عليه أحد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرطاً فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فنص أحمد على أنه لا شيء له ، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الأجر بناء على التبرك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجمل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لأنه يقتضي حفظ المال ولا يمت ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما إذا كان غائباً عن رب المال فإنه حينئذ لا يكون مطالباً به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا أن ترك الخصومة وانطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فاما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فإنه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه إذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

الثمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل أنه إن كان طالباً بالحال فلا شيء للعامل كالتأصّب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بموضع لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم فقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لان رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والماملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ولا نص أحمد فان أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولان المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منها والعامل الثاني عمل في مال غيره بنسب اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه التاصّب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بنسب اذنه أولى

(فصل) وان أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون العامل الاول وكيلاً لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم يشترط نفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وان شرط نفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) واذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح قال امر لرب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وبطل المضاربة فيه لتعاطب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بمحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالتعاصص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انقضاء المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال ان يشترى من مال المضاربة شيئاً لنفسه وعنه يجوز)

اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وقارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا تجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأفون)

لا ذكرنا ويحتمل ان يصح اذا استترقه الديون لان امرءاً يأخذون ما في يده ولان الدين اذا تعلق برقبته

والربح إنما يستحق بواحد منهما وان قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه
لأنه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيك يعني في
كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله اذنه

(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة
فان قال له اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس
له ذلك وعليه الضمان ان فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصليح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به
ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خرا ولا خزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر
ذميا فان فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخر
وبيعه إياها لأن الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح
شراؤه إياها لأن الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لأنه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خرا ولا يصح ان يشتري خرا ولا يبيعه وان كان ذميا
فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخزير ولأن الحر محرمة فلا
يصح شراؤها له كالحزير والميتة لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ما جاز في الشركة
جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لأن
المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للثمن فصح شراء السيد منه كبقية الثمن والاول اولى لأن ملك السيد لم يزل عنه وان
تعلق حق الثمن به كالعبد الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احد وبه قال
مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لأنه شريك
ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كسواء الوكيل من موكله وانما يكون شريكا اذا ظهر الربح
لأنه انما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشرائه كشراء أحد الشريكين من شريكه
(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين لصيب شريكه صح)

لأنه يشتري ملك غيره وقال أحد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم
يكونا بلمان كيله فلا بأس وان علم كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وان
باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لأنه ملكه)

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يحز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فافعل وريح رده في شركة الاول)

وجلة ذلك انه اذا أخذ من السان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال اثنائي كثيرا يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يحز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالا جبر المشترك وثنا ان المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما تمنه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وقارق مالا ضرر فيه فملى هذا اذا فعل وريح رد الريح في شركة الاول ويقتسمان فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الريح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه رب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربيع بالمنفعة التي استعنت بالعقد الاول فكان بينهما كريح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربيع فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما اتفنع اذا كان قد قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئا لانه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتندي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على طريق الصفقة ويتخرج أن يصح في الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(نص)، ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحوز فيها مال الشركة أو غرار جاز لمن عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لثقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجني ، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالفضل ولا يمكن ايقاع العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والفرائر لا يعتبر فيها ايقاع العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم العقود عليه

(مسئلة) (وليس للمضارب ثقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب او اشتغال بغيره او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة بكلمه رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تشغله؟ فقال ما يسجني ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه او انجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا اخذ من رجل مائة قراضا ثم اخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدا فاختلط العبدان ولم يتميزا فانما يصطلحان عليهما كما لو كانت لرجل خنطة فانالت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجين (أحدهما) يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيأطمان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال، والربح له والحصران عليه وللشافعي قولان كالوجين، والاوّل أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباء عن جميعه ولا عن بضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولاتا لو جعلتهما للمضارب أدى الى أن يكون تقيطه سببا لاقراده بالربح وحرمان التعمد عليه وعكس ذلك أولى وان جعلتهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.

وهذا قال ابن سيرين وحامد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمل

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطبيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولا له لو استحق النفقة أفضى الى أن يخص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة، فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال أحمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح نص عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا أما له النفقة، فان كان سفره طويلا محتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نعي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وأبياس والشعبي والنخعي والحكم وسجاد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالاً يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وسجاد قال القاضي قول أحد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الأوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لأنه نوع تعد فلا يمنح كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركبها وقال القاضي إذا اشترى في القصة ثم تعد للمال فالربح لرب المال وإن اشترى بين المال قائلشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على إجازة المالك فإن أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الأول نص عليه أحد في رواية الأثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة إلا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه إلى الكسوة فنقل إذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا شرط له النفقة فله جميع ثقلته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما تكلف ينفق على نفسه غير متمدد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد قل وقد تكثر

(مسئلة) (فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله لأنه العادة فيصرف الإطلاق إليه كما انصرف إليه في الإطعام في الكفارة، فإن كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين لأنها لأجل السفر والسفر للمالين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له ذلك لأنه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتفسيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقداً أنه مستحق للنفقة ذهاباً ورجوعاً فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرصاً نص عليه أحد لأن البضع لا يباح إلا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فاتهم غير ملومين)

بالربح إلا حبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض لتي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة انتم الجلب فاشتر لنا شاة» فاشتريت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فبعت أسوقهما أو أفودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منهما شاة بالدينار فبعت بالدينار وبالشاة فقالت يا رسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولأنه نساء مال غيره بغير اذن مالكه فكان لا يمكن له ان يملكه كماله لو غصب حنطة فزرعها، فاما المضارب ففيه روايتان (احداهما) لاشيء له لانه عقد عقد لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاسب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله ما لم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة المفسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد التكاح فتعين الملك ويخرج منها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا (مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الأخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً (فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (احداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك والشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لا يختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشرطي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا ثبت أحكام الملك في حقه فلم يزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكاً كأحد شريكي العنان ولا يجمع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كمن يبيع رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يظا جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب (فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب إن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وإن اشترى بين المال فلي روايةين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من ثمر الثوب وطلبه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن واستقاده وشد الكيس وختمه وأحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الحان فليس على العامل عمله وله أن يكتري من يعمل له نص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبراً فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وحياً أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايةين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعل المضارب طلبه والخاصة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أسباع درهم فإن كان أخذ نصف التسمين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أسباع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلثان وحققها من الربح ثلاثة وثلث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلث لأنه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال اقتسمت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لفارقتها إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسئلة) (فإن اشترى سلعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت الوضيمة من الربح)

إذا دفع إلى المضارب الثمن فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الاثنين وبه قال الشافعي إلا فيما

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الحصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالحصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما لسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فلي هذا ان ترك الحصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال ويمطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح يضمنها على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في البدل ربح فالقصاص اليها والمصلحة كذلك لكونها شريكين فيه والحكم في اقتصاخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدین فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الاثنين ولو تلف أحد الاثنين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلتين ولأنهما سلتان تجبر خسارة احدهما بربح الأخرى فغير تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه اقتصحت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خامة وقيل بعض أصحاب الشافعي مذهب للشافعي ان التالف من الربح لان المال إنما يصير قراضاً بالتبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل التبض وقارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً آخر واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجوز ان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً بضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فإذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجوز نص عليه أحد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول ولنا انه أنفرد كل واحد بمقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاء عن ذلك

(مسئلة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الخسران. والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لأن معنى الربح هو القاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل نصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهباً وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه إلا بالقسمة وهو مذهب مالك والشافعي قولان كالذهنين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشركي المان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف للمال ثم اشترى سلة للمضاربة به فهي له ونمها عليه سواء علم بتلف المال قبل قد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجيزه رب المال)

وذلك لأنه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاحتصت به لأنه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستديناً على غيره والاستدانة على الإنسان بنير إذنه لا تجوز، فإن أجاز به رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لأن من اشترى شيئاً لغيره بنير أذنه وقف على إجازته فإن أجاز به فهو له والا فهو للشترى وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لأن هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز (مسئلة) (فإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بماله والثمن على رب المال)

لأنه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لأن الأول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا إن التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلم اشترى عبدين بمائة تلف أحدهما وباع الآخر بخسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لأن رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يلف البعد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيها معه عشرين فله من الربح خمسة لأن سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فإن اقتسم الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لأن المشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بدله من مالك ورب المال ولا يملكه اتفاقا ولا تنبت أحكام المالك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي الثمان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحد اذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة بخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فار الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درم ويتبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أنساع درهم

(فصل) ومما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويخسر مرارا فقال يرد الودعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فاربح بعد ذلك لا يجبر به وضعية الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع حتى يحتسب حسبا كالقبض كما قال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسبا كالقبض؟ قال يظهر للمال يني ينض ويحجي فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على التاض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف لخاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال بقاسمه مافوق الالف يني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لا قاتينا انه ليس يربح ما لم تعجر الخسارة والله أعلم

(مسئلة) (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا تعلم في هذا بين اهل العلم خلافا ثلاثة امور، احدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابر له فيخرج بذلك عن كونه رجحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه معرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنها

(مسئلة) (واذا طلب للعامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فقط نصف
الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أضعاف وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ
رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها
رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وعشرين وثلاثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو
سنة عشر وثلاثان وحفظها من الربح ثلاثة وثلاث فلو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ
نصف المال فبقى نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثا لانه أخذ ربع المال وسدسه
فبقى ثلثه وربحه وهو ما ذكرناه وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على
رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انقصت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده
لمفارقته إياه وقد أخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة ينشأ وان لم يرد
الأربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجهة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تفسخ بفسخ احدها ايها كان وموته والحجر عايه
لسفه كالوكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه
ربه فان كان فيه ربح قسماء على ما شرطا فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على يمه او قسمه جاز لان
الحق لما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربح اجبر رب
المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم
يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب
الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر لانه ربما زاد فيه واغب فزاد على ثمن امثل فيكون للعامل
في البيع حفظ ولنا ان المضارب انما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم الا بالتقويم ألا ترى أن المستعير
إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك إلى مستحق الأرض ؟ فهنا أولى
وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فانما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل
(مسئلة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو يطلب البيع فله ذلك)
أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض
بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل فقيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو
قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل
حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده
نزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالوكان عرضاً على ما شرح
إذا ناض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض
مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال لرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه، وله اخذ ما فيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استقرقه الديون لان الغرماء يأخذون ما في يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال الفليس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نص عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيه باطل لانه شريك. ولنا أنه ملك لنبيه فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسئلة) (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصته العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يحز العامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثله أو قيمته ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن العامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالمول وهذا ابتداء قراض على عروض، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يختص بها دون رب المال

إذا ظهر ربح لانه إنما يشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشرائه أحد الشريكين على ما سذكره

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على فريق الصفقة، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا بملكان كيله فلا بأس وإن علم كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرض فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لتقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (إحداهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كالاجني (والاخرى)

وإن كان المال ناقصاً بتسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصاً، وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كيومه وشرائه بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فيما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يحز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويحصل رأس المال قيمتها يوم المقدلان الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يعني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة القرض وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يررض ببيعه رضى إلى الحاكم ليبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انقسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقوم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انقسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وإن قارض في المرض قال ربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يبتنى فيه الفضل أشبه البيع والشراء والعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلته لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يراحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقرض فبعضه أولى وهذا بخلاف ما لو جاني الاجير في الاجرة فإنه يحتسب بما جابه من ثلته لأن الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لا يجوز لأن هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ابقاء العمل في المشترك لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فإذا لا تجب الاجرة ، والدار والرائر لا يعتبر فيهما ابقاء العمل إنما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم العقود عليه

(مسئلة) (قال وإذا اشترى سلتين فرمى في أحدهما وخسر في الأخرى جبرت الوضعية من الربح)

وجعلته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فرمى في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الألفين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد المبدئين فان صاحبه ذكروا فيه وجها ثانيا ان التالف من رأس المال لانه بدل احد الألفين ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقاييب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر القراء اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكا فيه ولان حقه متعلق بين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالرهن (مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة القراء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بمجمل التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عينها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الأصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والمامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفسه أشبه الوكيل بخلاف المستمير فان قبضه لنفسه خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بفسه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تغريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف هنا في نية وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت تهتك عن شرائه فأنكر المامل فالقول قوله لان الأصل عدم النهي ولا علم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان فغير خسارة إحداهما بربح الأخرى فغير تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، قلنا ان تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن الناف من الربح ورأس المال الألفان معا لأن المال إنما يصير قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا أنه مال هلك على جهة قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالمقد من التصرفات المؤدية إلى الربح . (فصل) وإذا دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها إليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يحز لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد قانس الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يحز له ذلك نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل أن يتصرف في الأول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم وبه نقول لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو يشكره والقول قول المنكر (مسئلة) والقول قول رب المال في رده إليه مع يمينه نص عليه أحمد وأصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لأنه أمين ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كالدودع وينبغي أن يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان يجمل بوجه الأول أنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستجير ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة وقولهم إن معظم النفع لرب المال ممنوع وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه لم يأخذه نفع رب المال .

(مسئلة) (وفي الجزء المشروط للعامل) إذا اختلفا فيما شرط للعامل ففيه روايتان (إحداهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) أن العامل أن ادعى أجر المثل أو ما يتناين الناس به فالقول قوله لأن الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجهين إذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكنا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهأ عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضعية على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعية الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه فحقى بمحتسبا حسابا كالقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كالقبض ؟ قال يظهر المال بمضي بنض وبمجيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له فيحتسبان على المتاع ؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف لحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بمجالها ثم سافر المضارب به فمسر كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا ثانيئا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه اختلاف في المضاربة فلم يتعالفا كسائر ما قدمنا اختلافها فيه والتبايان يرجحان على رهوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع لئلا وفي الشراء بخسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع قددا وفي الشراء باربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنهما اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيتك عن شراء عبد فأنكر التهي .

(مسئلة) (وان قال ربحت الفأثم خسرتها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو لم يمت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال الف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتمم به رأس المال لا عرضه على ربه فأنني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فافرضه فافرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع . ولا شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه فمأ وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لأنه عقد ينتهي به الفضل فأشبه البيع والشراء والعامل ما شرط له من الربح وإن زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بمثل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حاق الأجير في الأجر فإنه يحتسب بما حابه من ثلثه لأن الأجر يؤخذ من ماله ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه لأن الثمرة تخرج على ما كيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن عين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لأنه ملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجنابة ولأنه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فإنه محتمل أن يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضاً على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال ألفان فصده أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فإذا حلف أنه ألف فالربح ألفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لأن الآخر يصدقه بقي خمسمائة ربحاً بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه أثلاثاً لرب المال ثلثاها والعامل ثلثها وذلك لأن نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالثالث منها والثالث بحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) إذا دفع إلى رجل ألفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضاً ربحه بيننا فالقول قول رب المال لأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فإذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح أو أجزأ مثله لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وإن كان أجزأ مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لتعرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فإن أقام كل واحد منهما بينه (المعنى والشرح الكبير) (٢٣) (الجزء الخامس)

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واحتلاطه بحملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم تعرف عينها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

❦ مسألة ❦ قال (واذا تبين المضارب ان في يده فضلاً لم يكن له اخذ شيء منه الا بأذن رب المال)

وجعلته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يجوز المضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لاننا في هذا بين أهل العلم خلافاً وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (اثنان) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه معرض ان يخرج عن يده بمجرد خسارة المال وان أذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول المنتفع لانه ان كان رب المال فلائنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل قانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه قص أحمد في رواية منها أنها يتعارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه اتفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجح الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بسد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر باق وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبع برى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه فبرى المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بمضه أو على أن يأخذ كل واحد منها شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة أن المال لهما فجاز لهما أن يقسما بمضه كالشريكين أو نقول أيهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفصلة كشريكي النان

(فصل) والمضاربة من العقود جائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان وبموته وجنونه والحجر عليه لسفه لانه متصرف في مال غيره باذنه فهو كالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسمها الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عرض فاقفقا على يمينه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول إسحاق والثوري لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيب من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فإن كان للدعي يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجبرها الى نفسه نقماً وإن خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر انه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه وإن كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجبرها الى نفسه نقماً ومن شهد شهادة يجبرها الى نفسه نقماً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين خاصة الشريك قبل خاصة المشتري أو بعدها وإن ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائم نظرت فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتي قبها وإن لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لأن البائم لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دئمه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبيع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير عين لأن المشتري مقر بقاء حقه وإن دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركة فيما قبض لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركة فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركة فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

يحه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد أو رغب فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن المستير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمير والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك لانه مستحق للارض فهنا أولى وما ذكره من احتمال الزيادة بزيادة مزايد أو راغب على قيمته قائما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال الليم وأبى العامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل على الليم وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دانيير فصار دراهم أو دراهم فصار دانيير فهو كما لو كان عرضا على ما شرح، واذا فض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه انما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ انقراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبع فم يكن للورثة بيعه وههنا يتبع لانه اذا كان البائع ائمين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه اليمين أنه لم يشوف حقه من المشتري وبأخذ من القابض نصف ما قبضه وبطالب المشتري ببقية حقه اذا خاف ان يشوف أنه ما قبض منه شيئا وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بموض ما أخذ منه لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له ينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجبر الى نفسه قهراً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن ينة فخلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلهذا أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع المروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لانه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أو الجنون برب المال فأراد الوارث أو وليه أن يملكه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصة من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات رب المال لم يحجز للعامل أن يبيع ولا يشتري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا أمام القراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في المروض لانه يحتاج عند المفصلة الى رد مثله أو قيمته ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير المروض وحكمه باق.

الاتفاق دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باع البعده صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب، وان وكل الشريك الناصب او وكل الناصب الشريك في البيع فباع البعده صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تقريب الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والناصب قلها عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الناصب ذكر المشتري أنه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد.

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فلآخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاة وأنا أعطيتك شركتك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو لصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حنبل وحرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا نرى أن العامل أن يبيعه ليسلم رأس المال وينقسم الباقي وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وإن كان المال ناضاً بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءً على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فإذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بخلاف ، وكلام أحمد يحمل على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعهم وبشرائهم بعد انقضاء القراض . فأما إن مات العامل أو جن وأراد ابتداء القراض مع وأرثه أو وليه فإن كان ناضاً جاز كما قلنا فيها إذا مات رب المال وإن كان عرضاً لم يجوز ابتداء القراض إلا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقدان الذي كان منه تعمل قد مات أو جن وذهب عمله ولم يخلف أصلاً يعني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن المال المقارض عليه موجود ومناقضه موجودة فأمكن استدانة المقعد وبناء الوارث عليه ، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك فإن لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد مورثه فإذا لم يرض ببيعه رثه إلى الحاكم لبيعه فأما إن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انقضى فأما البيع فإن الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القاض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً ، ولغير القاض الرجوع على القاض بمحضته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله أن يرجع على الترميم لأن الحق يثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الترميم لم يرجع على الشريك بشيء ، لأن حقه ثبت في أحد الطرفين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقاض منعه من الرجوع على الترميم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الحيرة إليه من أيها شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الترميم بمثله فإن هلك المقبوض في يد القاض تبين حقه فيه ولم يضمه للشريك لأنه قدر حقه فما تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لتبوتيه في الأصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برئ منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غيره بشيء وإن أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبريء أربعة أنساعه ولشريكه خمسة أنساعه فإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله فغذت برأته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للمبريء ثلاثة أنساعه وللآخر خمسة أنساعه فما قبض بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا خير لإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انقاسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق العقد به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والتمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال ، على روايتين (احدهما) ان اجازته فالتمن عليه والمضاربة بجالها وان لم يحجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى المضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ونان ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبيدين بمال المضاربة فتلف أحد العبيدين كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انقاسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألتا كان التالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انقاسخت لنهاب مالها

(مسئلة) (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما

كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجهلته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لانظر فيه خلافا

أجاز البيع ليمالك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي ، والاوى أن له الرجوع لان الدين الحلال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه ، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن ما قبضه احدهما له دون صاحبه فوجهها ان ما في الذمة لا ينتقل إلى الدين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقابضه ثبوت بده عليه بحق فأشبهه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تمين حقه بقبضه فأشبهه تمينه بالابراء ولانه لو كان لتبر القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كمالو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في الدين فأشبهه مالو اخذ غاصب منه مالا ، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بضميه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض اكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ التبريم مما زاد على حقه (فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الخرقي وهو ان يشرك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي منها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول ولنا أنه شرط لا يؤثر في حيلة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصّة كل واحد منهما في الربح بمجولة

(فصل) والشروط في المضاربة تقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجرأ إلا في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أو لا يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو بقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلمة بينهما أو ما لا يعم وجوده كالأفوت الآخر والحيل البلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشتري به

الربح بمال غيرهما لأنهما إذا اخذا المال مجابهما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره معناها أنهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحلوا كلهم الحرفي على ذلك ليسكون كلامه جامعاً لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الحرفي قد أحل بذكر نوع من أنواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان مجابهما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً أو نحو ذلك ويبعان ذلك لما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو ذكر نصف المال أو لم يبين شيئاً من ذلك بل قال ما اشتريت من شيء فهو يئتنا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو نصفاً من الثياب ، وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائك الوكالة لأن شرائك الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس ونحوه من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل ببيعته ولأنهما اشتركا في الأرباح وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وبأن يتبايانه بينهما كما لو ذكر شرائك الوكالة وقلوبهم أن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والنوع ونحوه وان سلم فأما يشتر في الوكالة المنفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فإن في ضمنها توكيلاً ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا ههنا ، فلي هذا أن قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان أو اطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جازوا كانت شركة صحيحة لا تعاذل له في التجار وعلى أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو اطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ينض (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحفظ في بقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمنع ذلك بمضيتها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره يطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان الرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كالأول قال اذا انقضت السنة فلا تشتري شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدى حالتها المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تقسم الى ثلاثة أقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بينها أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا بمن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تنعم التسخن الجائر بحكم الاصل (القسم الثاني) ما يعود

لأبأس أن يشرك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والحمالين والنخالين قد اشرك انبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنمة فقال يشركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يخص به دون الغنمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتشاف والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بأسنادهما عن عبد الله قال: اشركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحجى أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالغنائم مشتركة بين الغنمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب والنفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحجى أنا وعمار بشيء.

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الألفين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقها أو بعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى قوائمه بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة المقدر ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء - بينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم البعد ويركب الدابة ، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سها من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع معللاً ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يهود بجهالة الربح فسدت المضاربة لأن الفساد لمعنى في العوض المقود عليه فافسد المقدر كما لو جعل رأس المال خمرأً أو خنزيراً ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالنصوص من أحد في أظهر الروايتين عنه أن المقدر صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره لأنه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالتكاح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لثبته عليه السلام بعد أن غنموا واختلقوا في الغنائم فأمر الله تعالى (يسألونك عن الأقال قل الأقال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فاما أن يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغريم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لأنهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كلال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اشتراكا في الحياطة والقضارة ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستيب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسئلة) (وتصح مع اتفاق الصنائم رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان

(أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطالب به كل واحد منهما فإذا قبل أحدهما شيئاً من اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لأنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اتفقت الصنائم ولأن الصنائم المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك محبتها فكذلك إذا اختلفت الصنائع

والتاق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تفسد العقد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه إذا تصرف بقد تصرفه لانه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الأذن فملك به التصرف كالوكيل ، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسد ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف ، قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالأذن فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الأذن لانه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح حجيجه لرب المال لانه تمام ماله إنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن أحمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال ولا أجر له وجعل احكامها كلها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحتها في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه امكنه تحصيل ذلك بالاجرة او بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل . ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فيزول منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة وللمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وإيهما دفعها اليه برئ منهما وان تلفت في يد احدهما من غير تعريض فهي من ضمانهما لانها كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكان الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه أن لم يربح فلا أجر له، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا أن تسمية الربح من تواج المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتواجها كالصلاة ولا سلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه وذلك منه نذر فتجب قيمته وهو أجر مثله كما لو تبايعا يما فاسدا وتقاضا وتلف أحد الموضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما أن رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لأنه تبرع بعمله فأشبه ما لو أمانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو أخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدي وتقريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

وتنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولاً إذا فسدت صارت إجارة ولا حير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعدي ولا فله فكذا ههنا وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرنا هاهنا هذا

وقال القاضي يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تقريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لأنه لا يد له على ذلك

(مسألة) (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) وجه ذلك أنه إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية إسحاق بن هاني وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الإبدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا في عمل سعد بأسيرين وأخفق الآخران ولأن العمل مضمون عليهما معا وبضمانهما له وجبت الأجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عونا لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقتصر له ثوباً فاستعان القصار بالسان فقصر معه كانت الأجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالبا أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فلا آخر الفسخ ويحتمل أنه إذا ترك العمل لغير عذر أن لا يشارك صاحبه في أجرة ما عمله

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي دليك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ويمن حفظاً ذلك عنه عطاء والحكم وحاد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لانه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فقبلاً ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بشئ وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال والمضارب أجر مثله لانه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقبضه ولم يوجد القبض هنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه فقبل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لانه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال رجل أقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكلاً في قبضه مؤتمناً عليه لانه قبضه باذن مالك من غيره فجاز ان يجعله مضاربة كالمال قال أقبض المال من غلامي وضارب به قال مهناً سألت احمد عن رجل قال اقرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لانه إنما شاركه ليعمل جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتل ذلك فيها اذا تركه لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليعملا على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لانه نوع من الاكتساب والدايتان آتان فاشبهها الاداء

(مسئلة) (فاذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صحت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبلاهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملوا باي ظهر كان والشركة تعتقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصرهما بشئ أدانها

(مسئلة) (وان اجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما اذا أجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لانه لم يجب ضمان الحمل في ذمتها وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تعتقد على الضمان في ذمتها أو على عملها وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمتها ضمان ولا عملاً بإبدانها ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجز

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيها تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزاءاً ولو شاهداه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيها في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة؟ ولأنه بغضى إلى المتازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يطال بالسلم وبما إذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تنم صحته الجلالة فلم يحز على غير معين كالبيع .

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته ديني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وعنه يبتنا لم يصح قال شيخنا ويحتمل أن تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فإن أمان أحدهما صاحبه في التحصيل والتمل كان له أجر مثله لأنها منافع وقها بشبهة عقد

(فصل) فإن كان لأحدهما أداة قصارة ولا آخر بيت فاشتركا على أن يعمل بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كاللدايتين اللتين أجرهما لحل الشيء الذي قبلا حله، وإن فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وإن كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على أن يعمل بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الأثرم ومحمد بن أبي حرب وأحمد بن سعيد وقتل عن الأوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالمعروض ولأن للمضاربة تكون

الالهي وأشار اليه في زاوية المذبح وقارق الدين فاد لا يصير بين المال ملكا القوم (لا يقضد) ولو كانت
الوديعة قد تلفت بغير ربه ومارت في التهمة لم يجوز أن يضاربه عليها لأنها حاربت ومثل

(فصل) ولو كان له في بدعيه مال منصوب فضارب الناصب به صحيح أيضاً لأنه مال له (في المال
يباح له ومنه من خاصه ومن يقدر على أخذه منه فاشبه الوديعة وإن تلف وضارب التهمة من المضاربة
به لأنه صار ديناً ومضى ضاربه بالمال المنصوب والضمان النصب يجوز دفع المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة
وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه نفساً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي
الضمان بل ليل مالو تعدى فيه ولو أنه ملكه العال بالمال لا يختص بنفسه لم تعد فيه فاشبه مالو قرض إياه
(فصل) والعال أمين في مال المضاربة لأنه مقصر في مال غيره فإذا لم يختص بنفسه فكان أميناً كالوكيل
وقارة المستعير فإنه قرضه لنفسه خاصة ومنها التهمة بينهما فعلي هذا القول قوله في قدر رأس المال قال
ابن النذر أجمع كل من حفظ عنهم من أجل العلم أن القول قول العال في قدر رأس المال كذا قال الثوري وأصحابه
وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه بدعي عليه قبض شيء وهو يشكره والقول قول المتكره وكذلك القراء
قوله فيما يدعي من تلف المال أو مضاربة فيه وما يدعي عليه من خيانة أو تقريط فيما يدعي أنه اغتراه لنفسه
أو المضاربة لأن الاختلاف حائلاً في نيته وهو أعلم بما نواه لا يطلع على ذلك أحد سواء فكان القول قوله
فيما نواه فالو اختلاف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله
كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت تهتك عن شرائه فانكر العال فالقول قوله لأن الأصل
عدم الزم وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الإعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن مالك مالها وقال القاضي يتخرج أن لا
يصح بناء على أن المضاربة بالبرص لا تصح فعلياً هذا أن كان أجر الدابة بينهما فلا جرة المال
وإن قبل بطل شيء ففقد عليها أو عمل عليها شيئاً لم يباح فباعه فلا جرة وأما له وعليه أجر مثلاً مالها
ولأنها عين تنهي بالعمل عليها فصح العقد ببعض ثمنها كالإبرام والدنانير وكالشجر في المساقاة
والأرض في الزراعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة
الزراعة لأنه دفع لبن المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وبهذا يشين أن يخرجها
على المضاربة بالبرص فلو كان المضاربة إعمالاً تكون بالتجارة والتصرف في رقة المال وهذا بخلافه
وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا
ولا أرى لهذا وجهاً فإن الإجارة يشترط لصحتها الإعمال بالبرص وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن
هذا عقد غير منصوب عليه ولا هو في معنى النصب فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يرد بالأجارة
المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه مثل هذا بالزراعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال أذنت لي في البيع نسيت وفي الشراء بشرة قال بل أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان أقول قول العامل كالمال قال قد نسيتك عن شراء عبد فأنكر النبي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثه فمن أحمد فيه روايتان احدهما القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وان المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذا ادعى اجر المثل وزيادة يتعاقب الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتعاقبان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتعاقبان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن الممين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتعاقبا كسائر ما قدمنا اختلفا فيه والتبايعان يرجعان الى رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فانكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النعم لرب المال فالعامل كاللودع

ولنا انه قبض المال تنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول

بالتوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي قرسه على النسيئة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فحائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسئلة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يحجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال أبو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي التوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

المنكر وفارق المودع فان لا تنفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربح ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وان قال غلطت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا آدمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسّر فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لا عرضه على ربه فاتي أخني ان يزرعه مني ان علم بالخسارة فاقرضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فآخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يحجر الى نفسه فمما وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضا على النصف فنصف المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال ألفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح ألفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفا وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر يقتسمها اثلاثا لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذته الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالثالث منها والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ اعطى خير على الشطر قيل لا بني عبدالله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما؟ قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأرم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وابوب ويعلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو نور واصحاب الرأي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيدها السمك بينهما نصفان فالصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشراكة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانهما عين تسمى بالعمل فيها فصحت دفعها ببعض ثمنها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفزة معلومة يطبخها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحن مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر لكاف وجوالفات فاشتركا على ان يؤجراهما والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفا يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضا لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضا فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتخالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال فربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لفرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهنا انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قراضا احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتخالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضا فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضا حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضا وقال العامل كان قرضا أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقيا في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبو حنيفة اذا كان المال باقيا في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته لتكون أجرتها بيننا وأجر جوالقائي لتكون أجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل ولا آخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان أجر كل واحد منهما ملكه مفردا فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه أجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه ولا آخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشرك ثلاثة من اخدم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على ان لها الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تسمى بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانها وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعها اليه فاشبهه ماله دفعه اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من اخدم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى التفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبيع بريء المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيه حقه فبرئ المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وبقي الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيب من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للدعي بينة وإن كانت له بينة قضي بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يحجبها الى نفسه نفعا وإن خاصه البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وإن كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يحجبها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تحجب الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وإن ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها وإن لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وإن دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لها ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

آخر رحي ومن آخر قبل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فارتزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدق في المستلئين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليبا بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكالاه والراوية هنا تخلق وتقص، ولا اجارة لانها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فاهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم مفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وهما يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه الموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيها قبض فعليه العين أنه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد يرث ذمته من حق شريكه وأما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائث قاعدى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يحجر الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريك قبض الثمن لم يملك مطالبة بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيها يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة فحلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاغ دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باما العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب وان وكل الشريك الناصب أو وكل الناصب الشريك في اليوم فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة لان الصفقة هنا وقت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرها بخلاف ما اذا باع المالك والناصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الناصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد ما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا آخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيها أخذه وهو قول ابي المالكية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعت أنا وصاحبي متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطيتك شريكك بعد؟ قال: لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد: له ان يأخذ

بكذا فلا اجر بينهم أرباما لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه برهم أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثله لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجبين وفي الآخر يكون بينهم أرباما بناء على ما إذا تزوج أرباما بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباما أو على قدر قيمتهم؟ على وجبين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويرثه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وحبل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لا في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد الحائنين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الحيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثل، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لأنه قدر حقه فيما تمدي بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ أحدهما من دين الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسما على قدر حقهما في الباقي للبرى أربعة ألساعه ولشريكه خمسة ألساعه وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله فقدت برأته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية البرى ثلاثة ألساعه وللآخر خمسة ألساعه فما قبض بعد ذلك اقتسما على هذا، وإن اشترى أحدهما بنفسه من الدين ثوباً فلا أثر بإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب أنبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز قانه أو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الأخرى وإن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالأبراء ولأنه لو كان لتغير القابض حق

(مسئلة) (وان جما بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منهما يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الاقتراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخل في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركز أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارش جنابة أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولا أن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كالمالك الذي يبيع وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه ماله أخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً أصبح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم عما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذم لا تسكافاً ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسم ثم توى بض المال رجع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين وانضمي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الاعيان وبه قال الحسن واسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذم قاي في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لأن معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف لعلمه لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاء له التصرف بأذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز بأذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيع ويشتري ويتجر فيه وأن أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لأن أذنه المطلق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبع كبلوغ الصبي

ولأنه تصرف بالأذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وهنا الرق سبب الحجر وهو موجود فتظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالأذن ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول التكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي وأجازته الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرجها جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولا تهاونوا شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة السنان ولأنه عقد لا يصح بين كافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لئسان وبه قال الشافعي وإباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كيبيع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا أنه تصرف بفتقر إلى الأذن فلم يعم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والمرهن ساكت أو باع المرهن والراهن ساكت وكنتصرقات الأجانب وبخالف الشفعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالابق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه ما لو باعه ولنا أن الأبق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استداعته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمقصود

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الثوب ولا كسوة الثياب وتجوز هبته إلى كحل وإعارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن أسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مولا فلم يحز كسوة دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يحب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبدالله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأهمهم وهو يومئذ عبد، ورواه صالح في مسأله بأسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كما ذكرنا ولأن فيه غررا فلم يصح كيبيع الغرر، فإن غرره أنه يلزم كل واحد ما لم يأخذ غيره وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه إلا كساب النادرة فاما الخبز فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المتأبذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح بين الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي ليبد لمازلة بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة « انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأنتت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وضعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خير فأنتت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج إلى خير فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروى عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ، واجمعت الامة على جواز الوكالة في الجملة ولان الحاجة داعية إلى ذلك فانه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج اليه فدعت الحاجة اليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقولته تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة ، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال « يا عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة » قال فأنتت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما وأقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنتت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وضعت كيف ؟ » قال فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خير فأنتت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت أبي أردت الخروج إلى خير فقال « انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة (المغني والشرح الكبير) (٢٦) (الجزء الخامس)

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يتوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لفسخه لا يوكّل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكّل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فالأول توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لأنه ليس بولي ووجه الوجه الآخر أنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكّل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكّل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في زواجه مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الأذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لاتصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع ، والإيجاب هو كل لفظ دل على الأذن نحو قوله أفعل كذا أو اذنت لك في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الحجد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابشروا أحدكم بوقوفكم هذه إلى المدينة - إلى قوله - فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دل على الأذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالكل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يتوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبايعه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم كان بفعلهم وكان متراخياً عن توكيله لإيمانه ولأنه إذن في التصرف والأذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) (ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فافعل كذا أو إذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جعل إلا باذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض ، ولا بعد أن يتوكل باذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا اذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿ مسألة ﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضراً كان الموكل أو غائباً)

لانهم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه ، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والتسخير والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقدوكتك في كذا أو فانت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لاصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكلاً بجعل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأجير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز

(مسألة) (ولا يصح التوكيل والتوكيل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فبناؤه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً ، فأما من يتصرف بالاذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع ، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبارقع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعاق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها مملوكة ما لا يسبب لا يتعين عليه فجواز التوكيل فيه كالأبناج والآهات، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الأديين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاه .

(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وإن أبي لبلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره بمجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بنير رضا خصمه كالدين عليه ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستتابة بنير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه

والحلم وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له وذكر أصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمرأة ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل البعد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بحمل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بنير جمل إلا بإذن سيده لأن منافعه كإعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز بإذن الولي بناء على صحة تصرفه بإذنه

(مسئلة) (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار والعان والإيمان)

(المفني والشرح الكبير) الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايمان والايلاء ونحوها ٢٠٥

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فلي، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان الخصومة قضا وان الشيطان ليحضرها وإني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد الفهم المالك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الاقرار ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يحز التوكيل فيه كالشهادة.

ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة قلنا لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بين الشاهد اكونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والتذوير لانها تتعلق بين الحالف والتاذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيدن الزوج لامر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتض لا امر يختص بانبات لم المرتض وانما عظمه بلبن المرضة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستتابة فيه ولا يصح في النصب لانه محرم، ولا في الجنائيات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يحز نائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعتق والطلاق حاضر أكان الموكل أو غائباً وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآيات والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة اكونه امرأة أو ممن يغير بها ويحط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها ملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالاقتناع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والتذوير لانها تتعلق بين الحالف والتاذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستتابة فيه ولا يجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيدن الزوج لامر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لأن النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجعت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجوه ووكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعد رواه مسلم، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لأن الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها رقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل إلى الإيجاب

ولنا حديث أنيس فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعاً فإنه قال فإن اعترفت فارجمها وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعاً ولأن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما التبادلات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والتذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها إلى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالي من مالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لما ذ حين بعثه إلى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لأنه مختص بالرضعة والمرضع لا يختص بانبات لم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في النصب ولا في الجنایات لأن ذلك محرم وكذلك كل محرم لأنه لا يحل له فعله بنفسه فلم يجز النيابة فيه (مسئلة) ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته إذا كان الوكيل عن يصح له ذلك لنفسه وموليته لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزيج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لأن الحاجة تدعو إليه فأشبه البيع إذا كان الوكيل عن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز أن يكون قاسماً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيدكر في بابه إن شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها تعلق بين الشاهد لكونها خبراً عماراً أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فإن استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاعتناء لأنه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لأنه يأخذه يصير للمتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً صحباً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة لا خصم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب « متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج إذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستأجر من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المندور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لأنه لم يوكل في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المندورة وفي الاعتكاف المندور عن الميت روايتان، ولا يجوز الاستئابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال الماء للأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحاكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فلي وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن الخصومة فجاء وإن الشيطان يحضرها وإني لا أكره أن أحضرها قال أبو زياد القحط الممالك وهذه قصص اشتهرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الإقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يحجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كاليبيع وفارق الشهادة فلها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بشوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائها لهما من من حقوق الأدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها

كحد الزنا والسرقة)

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اغدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ففدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عزر فرجوه وكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواء مسلم ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإمام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه محتمل أن ينفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن الغفو مندوب اليه فإذا حضر احتمل أن يرجه فيغفو والاول ظاهر المذهب لأن مجاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال الغفو بعيد والظاهر انه لو سفلت وأعلم ويكفيه بغفوه والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تمير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالاجاب والقبول لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فاقتر الى الاجاب والقبول كالبيع ويجوز الاجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرثها والتوكيل توصل الى الاجاب

ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً يقوله «فان اعترفت فارجعها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولأن الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالخصيص يكون دخولها أولى والوكيل يقوم مقام الموكل في درثها بالشبهات

(فصل) فأما العبادات فلا تعلق منها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتقريبها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتقريبها وقال لماذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تعلق بدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا يجوز الاستتابة في الطهارة الا في صب الماء وإيصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه اصحابنا وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض اصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى غفرا عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابشروا أحدكم بوركتم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الإذن فجري مجرى قوله وكلتكم ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفصل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم التي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء التي صلى الله عليه وسلم لو كاله كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله لإمام ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه بالإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أومأ إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن الفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرجعه فيفو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال الفو بيد والظاهر أنه لو عفا لبعث وأعلم وكيله بفوئه والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى أن قضاء رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد وقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار اليهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .

(مسألة) (ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا باذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرة)

وجملة ذلك ان التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهى عنه غير داخل في إذنه فلم يجز له كما لو لم يوكله (الثاني) ان يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد إذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكلتكم فاصنع ما شئتم فله ان يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئتم يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا ان لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في المادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لأنه اذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه (القسم الثاني) ان يكون مما يعمل بنفسه الا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

(الجزء الخامس) (٢٧) (المننى والشرح الكبير)

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبغ هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشترنا غنما وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه إليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلاً بجمل فسد المسمى وله أجر المثل لأنه عقد عكك به التصرف في الحياة فأشبه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدا لله ابن رواحة » وهذا في مناه ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال أنت وكيلي في بيع عيدي إذا قدم الحاج ولأنه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في مناه ولأنه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأخير ولا نه عقد يصح بغير جمل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجمل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجمل وغير جمل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين (التسم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (أحدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لأنه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولأنه استئمان فيما يمكنه التهوض فيه فلم يكن له أن يولي من لم يأمنه عليه كالوديعة (والثانية) يجوز نقلها أحد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فينبذ جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الاذن في اليمين يتقيد بالبيع بشئ المثل إلا أن يمين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً لأنه قطع نظره بتعيينه فان وكل أميناً فصار خاتماً فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحياة تضييع وتقريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المخصوص عن أحمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لأنه متصرف في مال غيره بالأذن فأشبه الوكيل وأما يتصرف فيما اقتضته الوصية كما ركيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرأ و ابا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بثتنا على هذه الصدقات فتؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يثيان العمالة، فان كانت يجعل استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه فتق سلمه الى الموكل معمولا فله الاجر وان كان الخياط في دار الموكل فكلا عمل شيئا وقع مقبوضا فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الخياط من الخياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت منه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئا لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيما يتناوله كما لو قال ببع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبان كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا بإذنها لانه لا يملك الزوج الا بإذنها أشبه الوكيل ولما ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في الزوج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكلا الموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكلا للوكيل ينزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن فالثاني وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(مسئلة) (ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده)

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده لكونه محجورا عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذله

(مسئلة) (فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فلي روايتين)

(أحدهما) يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والأمان العظيمة فيعظم الضرر وإن قال اشترى ماشئت لم يصح لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن أحمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيتنا انه جائز وأعجبه ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثن المثل فأدون ولا يشتري مالا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وإن قال بع مالي كله واقبض ديونى كلها صح لأنه قد يعرف ماله وديونه، وإن قال بع ماشئت من مالي واقبض ما شئت من ديونى جاز لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وإن قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي إذا قال بع ماشئت من مالي لم يحجز وإن قال من عيدي جاز لأنه محصور بالجنس

الشافعية لأن يد العبد كيد سيده فأشبهه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز أن يشتري عبداً من غير مولاة فجاز أن يشتريه من مولاة كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لأن أكثر ما يقدرهنا جل توكيل العبد كتوكيل سيده وسند كراهية صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا إذا قال العبد اشتريت نفسي لزيت وصنفاه صح ولزم زيدي الثمن، وإن قال السيد ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد لاقرار السيد على نفسه بما يتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدته لأن زيدياً لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لأن الظاهر من بائع العقد انه له، وإن صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فإن كذبه في الوكالة حلف وبرى، والسيد فسخ البيع واسترجع عبده لتعذر ثمنه وإن صدقه في الوكالة وقال ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) وإذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وإن وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لأنه ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل أن لما ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه في إحدى الروايتين، وإن وكل غريمه في إبراء نفسه صح لأنه وكله في إسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في إبراء غريمه لم يكن له أن يبرئ نفسه كالألو وكله في حبس غريمه لم يملك حبس نفسه، وإن وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن فأبرأ صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه أو الكفيل في إبراء المكفول عنه صح وبرى الوكيل ببراءته لأنه فرع عليه فإذا برى الأصل برى الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بضه كعبده ، وإن قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً
 هروباً صح ، وإن قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح
 وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض
 ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو
 أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن السيد متفاوت من الجنس الواحد وأما تمييز بالثمن .
 ولنا أنه إذا ذكر نوعاً فقد اذن في اغلاء ثمناً فيقل الفرر ولأن تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد
 بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جواز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسألة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسخها متى شاء لانه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كالإذن
 في أكل طعامه فإن وكل الرهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسألة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لفسقه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة)

تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمنا إذا علم الحال وكذلك يبطل
 بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لفسقه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهة كالجنون
 والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة إذا
 وسوس أحدهما فهو مثل العزل

(فصل) فإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بطلت لانه لم يخرج عن أهلية التصرف وإن حجر
 على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لا تقطاع تصرفه وإن كانت في الخصومة أو الشراء
 في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لأن الموكل أهل لذلك، وإن فسق الوكيل لم ينزل
 لانه من أهل التصرف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافية الفسق كالإيجاب في عقد النكاح فانه ينزل
 بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وإن كان وكيلاً في القبول لم ينزل بفسق موكله لانه
 لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولهما أنه لا ينزل لانه يجوز أن يقبل
 النكاح لنفسه فجاز أن يقبله لغيره كالمدل، وإن كان وكيلاً فيما يشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي
 الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجها بذلك عن أهلية التصرف
 وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا
 ينزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتوم والسكر والاغواء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا

ثبت عليه الولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف واحد لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرزهما لأن قوله افعلوا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بتكما حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكلا له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أمينا ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخرون غائبين وادعى الوكالة لهما وأقام بينة مسمما الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفا معا ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة، فان قيل هذا حكم للنائب، قلنا يجوز تباعا لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وإن جحد النائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الانفراد به ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يعد ويفارق الوديعة من حيث أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب قلبه صار ضامنا فإذا باعه صح بيعه وبري من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه بأذن الموكل ولم يتعد فيه ولودفع إليه مالا ووكله أن يشتري به شيئا فتعدي في الثمن صار ضامنا وإذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للبيع قبض أمانة، وإن ظهر بالمبيع عيب فرد عليه أو وجد هو بما اشتراه عيباً فردته وقبض الثمن كان مضموناً عليه لأن العقد المزيل للضمان زال فماد ما زال به

(مسئلة) (وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأنفاً أو حرياً أو مرتداً لأن المدالة لا تشترط في صحة الوكالة الدين كالبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالاته

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يعي الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافاً وإن قال له وكلتك فاصبر ما شئت فله أن يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه وقوله اصبر ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا أن لفظه عام فيما شاء فدخل في عموم التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن عملها في المادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يطلع الوكيل عادة أنصرف الأذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه (القسم الثاني) أن يكون مما يعمل بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فإن قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وإن قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وإن قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وإن وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينزل لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الأذن فكذلك البيع إلا أن المشتري أن رضى ببقائه على الوكالة ولا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وإن اشتراه الموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء، وإن وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدامتها.

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يحز كما لو نهاه ولانه استثنان فيما يمكنه التوض فيه فلم يكن له ان يولى لمن لم يأمنه عليه كالوديعة والاخرى يجوز نقلها حنبل وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أميناً لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بمن المثل الا ان عين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أميناً لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أميناً وصار خائناً فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وقريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فأتى، وكذا لو دفع اليه ديناراً وكله في الشراء بينه أو مطلقاً لانه ان وكله في الشراء بينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقاً وتقد الدينار بطلت أيضاً لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان يتقده بمن ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل بمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه، وان استقرضه الوكيل وعزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزمه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال. وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئاً لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئاً لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشترى في الذمة.

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جعله وكيلاً ويمكن من عليه الدين من القضاء بخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات وبخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المتصوص عن احد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيها لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في التكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير اذنها أباً كلف أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المتصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالاب بخلاف الوكيل ولاه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك قويض عقود الانكحة الى غيره بغير اذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن اذنها له في التزويج ايضاً فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله ، وان أذن له ان يوكل نفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يجزي أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع خوفاً من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فللوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للفرع ظاهراً وباطناً وإزالة للتبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالفرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يملكه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل ، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة .

(مسئلة) (وهل ينزل الوكيل بالموت والنزل قبل علمه ؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فلموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء الخامس)

وكيلا للموكل بمنزل بموته وعزله اياد، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرطان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن قائلاني وكيلا الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لان الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالأبراء وقارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف تعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

عزل نفسه وبطل بموت أحدهما أو جنونه المطلق ولا خلاف تعلمه في ذلك مع العلم بالحال فتنى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يزول وهو ظاهر كلام الحرقى، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يقتدر الى رضا صاحبه فصح بغير علمه كالطلاق والعناق (والثانية) لا يزول قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم يزول الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصبة بركة ولا يكون ناصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم

(فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة وتحصل بقوله فسخت الوكالة

وان وكله في قبض حق فجدد من عليه الحق كان وكلا في تثبته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها مثنان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكلا في الآخر كما لا يكون وكلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبوت فكان إذا نفيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فلكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه إن كان الموكل طالبا بجدد من عليه الحق أو مظهرا كان توكيلا في تثبته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكله في قبض عين لم يملك تثبتها لأنه وكل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكل في قبض حق فأشبه الوكيل في قبض الدين وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكل في قبضه ونقله إليه

(فصل) وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الإبراء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا إن تسدر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لأنه من موجب البيع فلكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والأولى أن ينظر

أو أبطلتها أو تقضتها أو أزلت أو صرفت أو عزلت عنها أو ينهاء عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الألفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخا حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وبطها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعا لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلا بد من مقتضى استبقائها على نكاحها ومنه طلاقها وإن باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وإن وكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لأنه على إحدى الروايتين لا يبقى محلا للبيع وعلى الرواية الأخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الافراد بالتصرف إلا أن يحمل ذلك إليه)

وجملة ذلك أنه إذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون فيه وإن

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومضى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا بعد من فعل ذلك مضيا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتبثيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج البعد مستحقا فهل يملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فان اشترى شيئا وقبضه وأخر تسليم الثمن لغير عذر فهلك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الاقرار به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظاه معاً في حرزهما لان قوله افصلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وقارق هذا قوله بتكليفهما كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له بنير إذنه ، وقارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بشبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة ، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعا لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مطالبة وارثه. والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال انقبض حقني من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه اقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحققت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئا حث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تمد فلا ضمان عليه فان انهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل قائل قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرهن والمستأجر والاحير المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كاف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يحنى فلا تعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع التصرفات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقراء بها ولنا أنه لم يرص بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين ، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يحز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي؛ وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما أن يشتريا بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتل أن يكون اشتراط تولي غيره لنداء واجباً ويحتل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين ، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز للتوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم يحز به العادة ان يتولاه أكثر

ان يختلفا في تعدي الوكيل أو تفریطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئا لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضا مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وإما باقرار موكله أو يئنه فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه قتلف الثمن وسواء كان يجعل أو غير جعل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجح المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بست الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بست ولم تقبض شيئا فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعي الوكيل أنه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

التاس بنفوسهم فإن وكل إنسانا يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراهما أجنبى وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قرب به بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه ، ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتأني الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجوز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لأنه يلي بيع مال غيره بتوليه فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لأن الوكيل منهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حفظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(نصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو لولده الصغير أو طفل يلى عليه أو لو كيله أو عبد المأذون له كالحكم في بيعه نفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على

في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري للمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الحال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فيسكره الموكل فإن كان بخير جمل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالودع وإن كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كالودع (وإثاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجهلة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بخير جمل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من يتنفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والاحير المشترك والمستأجر والمرهن فقيم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن خيافته قد ثبتت بمجده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بمجده فإن قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما يبيع لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل امر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاختيه، وفارق البيع لو كيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك يبيع عبد المأذون ويبيع طفل يلي عليه يبيع لنفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كنهته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيها إذا اراد أن يشتري لموكله كالحاكم في بيعه لماله لأنهما سواء في المعنى

(فصل) وإن وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له أن يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيها قبلها وإن اذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز أن يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها

(فصل) فإن وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئا (والثاني) قبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيائه وإن كان جحوده انك لا تستحق علي شيئا أو مالت عندي شيء سمع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضا لثبوت كذبه وخيائه

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلتي فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الأصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لا خروكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقا لغيره، قاما ان ادعت المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن والبايع مطالبته به كذا هنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تحجيلة وأخذ من المتولي للشراء والنكاح بخلافه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا اتفت التهمة كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتدعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منها ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فبما لنا ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلائلها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح هنا بالاذن فيها فلا ينبغي دلالة الحال مع نفسه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يمين له الثمن بعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها أنه لا يجوز ويخرج هنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحريم به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بأقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فزوجهها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزوج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزوج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيها إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيها إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصوريين وتباينهما فلا يكون النص في احدهما نصا في الاخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وابناها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

(مسألة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا يغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجهة ذلك ان الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وإن أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وإن أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول والطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساوى باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحبا له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيهما فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوجبه (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تقوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وهنا يعود على الموكل فانقطع إلحاق

الوكيل لزمه الالف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلهذا ما أقر به كالأودعي على رجل أنه ضمن له الف على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراء فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلف في صفة الوكالة فيقول وكلتك في بيع هذا العبد قال بل وكلتني في بيع هذه الجارية أو قال وكلتك في البيع بالعين قال بل بالالف أو قال وكلتك في بيعه نقد أو قال بل نسيئة أو قال وكلتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكلتك في اشتراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقد أو في الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه أحد في المضاربة لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قيصا وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجهة ذلك ان الوكيل ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة اذا اطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فانه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فان باع بأقل من ثمن المثل، مما لا يتعابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع، وعن أحد البيع صحيح ويضمن الوكيل، النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض، فملى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس بمثله وما لا يتعابنون لان ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لانه يبيع غير مأذون فيه أشبه ببيع الاجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفا لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتعابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمغفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر الثمن لان ما يتعابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه.

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز ان يبيع بثمن المثل لان عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله فان باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لان الزيادة منه

ان أدركت السامعة فالقول قول الموكل وان قانت فالقول قول الوكيل لانها إذا قانت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من يفي به كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وتبرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بما لغيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم انه اشتراه بما لم موكله لانه يخلف على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لو كلفه ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته تمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي يتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

مسئلة (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينارا أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الأمان ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفا لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

مسئلة (وان قال به بدرم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفا فان من رضي بدرم رضي مكانه دينارا تجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضاة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بشكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بشكها فيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع مطلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جيله شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بشكها وكذا كل شرط علماً وجوده فإنه لا يوجب وقوف اليتم ولا شكاً فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لانه اشترها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقاً فالجارية لموكله فإذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن قاتم من يبيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتهم المدين من وقائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشترها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه ماله واشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا قد اوصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منها بالبعد ان كان باقياً أو بقيته ان كان تالفاً فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فلما ان قال به بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدرهم أو بمائتين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الايمان ولانه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار.

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثلث الكل جاز لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثلثاً للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه. ولا تضره. وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للغني عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عشرين بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عشرين بمائة فباع بعضه بأقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء.

ولنا أن على الموكل ضرراً في بعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجوز كما لو وكله في بيعه في شراء عبد فاشترى بعضه.

(مسئلة) (فان قال به بألف فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستغنى بمحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذه من المشتري لم يرجع على أحد وإن كذبه وأدعى أنه أذن في البيع نسبة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وإن كانت تالفة يرجع بقيمتها على من شاء منهما فإن رجع على المشتري رجع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لأنه لم يسلم له المبيع وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من القيمة أو الثمن المسمى لأن القيمة إن كانت أقل فلا غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وإن كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير عيب ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا إن اعترف المشتري بأن الوكيل وكيل في البيع وإن أنكر ذلك وقال إنما بعثني ملكك فالقول قوله مع عينه أنه لا يعلم كونه وكيلًا ولا يرجع عليه شيء (فصل) وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لأنه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه قلقت ضمنه وإن وعده برده ثم ادعى اتى كنت رددته قبل طلبه أو أنه كان تلقى لم يقبل قوله لأنه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقدًا بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لأنه خالف موكله لكونه إنما رضي بشمن النسيئة دون النقد وإن باعها نقدًا بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لأنه زاده خيرًا فهو كما لو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فإن لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وإن كان له فيها غرض مثل أن يستغفر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتعطلين أو يتغير عن حاله إلى وقت الحلول أو نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لأن حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصاحبة كالنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتًا بطريق التنبيه أو الممانعة ومتى كان في النطوق به غرض صحيح لم يحجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسئلة) (وإن وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) (فإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحدًا واحدًا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا أفرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بفضه فإنه لا يصح لأنه يفضي إلى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فإن قال اشترى لي عبيدًا صفقة واحدة أو واحدًا واحدًا أو بهم لم يحجز مخالفته لأن

(١) هذه المسئلة ذكرت في الاصل بهذا الوضع وهي كما ترى جملة ناقصة فلتراجع في مظنتها في المغني

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل بريء فكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرئ بها كالاقرار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءته فلم يبق له منازع وان لم يعبه برده لكن منه أو مطلق برده مع امكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الامانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول دينارا فضاع مع الرسول فهو من مال الباعث لانه لم يأمره بمصارفته انما كان من ضمان الباعث لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل انما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وانما دفع دينارا عوضا عن عشرة دراهم وهذا صرف يقتدر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيله للباعث في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنائير ومياب فبعث

تصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء، وان قال اشترى لي عشرين صفقة فاشترى عشرين لاثنين شركة بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد مفترد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منها بافظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف، وان اشتراهما من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يمين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجباله الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تقرير الصفقة.

(مسئلة) (وان وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يجوز ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان :

(مسئلة) (وان قال اشترى لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي احدهما دينارا أو اشترى له شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

اليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فصاعت فاضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين واشتويين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين إنما جعل عليه الضمان لانه دفعهما الى من لم يؤمر بدفعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلق في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمن الوكيل لانه تبدى قبض مالم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على احد لان التلق حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وضاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلقت الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في المقد الفاسد كالتقبض في الصحيح فإكان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري لها شاة فخلطها مع دراهمه فضاع فلا شيء عليه وان ضاع أحدها أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديمة وإنما لزمه الضمان اذا ضاع أحدها لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها ومعنى الضمان هنا أنه بحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على المحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجهة ذلك أنه اذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو احدهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرخص بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد الباري ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأنيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأنيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال «وصفت كيف؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» ولانه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تقم ولا تضر فوقم ذلك له كما لو قال به بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطال بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانه باع مال موكله بغير إذنه فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولانه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تقم ولا تضر فوقم ذلك له كما لو قال له به بدينار فباعه بدينار وما ذكره يطال بالبيع ، فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة الباري ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالا فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجعلته أن الرجل إذا وكل وكلا في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الترم لم يقبل قوله على الترم إلا بينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه كما لو ادعى الموكل ذلك فإذا حلف الترم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن ادعى أنه قضى الدين بتبرئة فليس موكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل ، فلي هذه الرواية أن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فصل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه ، ووجه الأول أنه مفرط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون من المثل ، فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له إبدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام أحد لأنه أخذ بمحدث عروة وذبح إليه ، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يطل البيع أو يصح ويقف على إجازة الموكل؟ على روايتين وهذا أصل لكل تصرف في ملك الغير بغير إذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان (فصل) وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشترى بما دونها صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه عرفا وإن قال لا تشتريه بدون المائة فخالفه لم يحجز لأنه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وإن قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لأن إذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح التهي بقي فوقها على مقتضى الأذن فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز في إحدى الوجهين لذلك ولأنه لم يخالف صريح نهي أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لأنه نهاه عن الخمسين استقلالا لما فكان تنبيهها على التهي عما دونها كما أن الأذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فخرى مجرى صريح نهي فإن تنبيه الكلام كنصه ، فإن قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال به بدرهم فباعه بدینار على ما مضى وإن قال اشتر لي نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لأنه مأذون فيه عرفا وإن قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالأذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهي فقيما عداه يبقى على مقتضى الأذن (فصل) وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جاز لأنه مأذون فيه عرفا وإن خالف في الصفة أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكل وإن قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لالرد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بمحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لأن تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بشير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بمحضرتك قال بل في غيبي أو قال أذنت لي في قضائه بشير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأذكره الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الحر في بعمومه يقتضى أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الوديع لا تثبت إلا بالينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيناف بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده ودية فجاء انمان فادعى انه وكيل صاحب الدين وأوديعه في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه سواء صدقه

عبدًا يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يحز وان ساوى أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشترى عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتري بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لمعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل والموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاه غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فرما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن قوات الرد بهرب البائع وقوات الثمن بتلفه فان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وقاه الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الا يتفاء فلزمه إيفاءه كالأقر له أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه ، قلنا ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فنوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدها ، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع بيدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض مالا يستحق قبضه وأيها ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منها يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجوع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بينة فان لم يقر بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي عليه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة هنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مياصم لان المقصود منها الربح وهو يحصل من المبيع بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل القنية والاتقاع والمبيع يمنع بعض ذلك

(مسألة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالمبيع فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح والموكل استرجاعه والبائع رده عليه لان رضاه به عزل لالوكيل عن الرد بدليل انه لو علم لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على ان الوكيل لا ينزل قبل العلم بالعزل فان رضى الوكيل المبيع أو أمسكه امساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائع الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فخلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئا فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله ذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لو وكيل شراء المبيع لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المبيع في اطلاقه ولنا أنه أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلاه يقتضي الصحيح دون المبيع فكذلك الوكالة فيه وفارق المضاربة من حيث

ولا تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تمدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على احد وإن ضمن الدافع رجح عليه لانه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمني المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان انه صار ملكاً لصاحب الحق وانه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقرر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن تلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فإن جاء رجل فقال انا وارث صاحب الحق فان انكره لزمته اليمين انه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لانه لو صدقه لزمه الدفع اليه فلما لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ، وإن صدقه في انه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بنفي خلاف فعله لانه مقرر له بالحق وانه يبرأ بهذا الدفع فليزمه كما لو جاء صاحب الحق ، فاما إن جاء رجل فقال قد أحتالي عليك صاحب الحق فصدقه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان

ان المقصود فيها الربح وهو يحصل من الميب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فانه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون الميب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيياً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وان وكله في شراء معين فاشترى ووجده معيباً فهل له رده قبل اعلام الموكل؟ على وجهين) (احدهما) له الرد لان الأمر يقتضي السلامة اشبه مالو وكله في شراء موصوفة (واثاني) لا يملك لان الموكل قطع نظره بالتميين فربما رضيه على جميع صفاته فان قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه ؟ يحتمل وجهين مبنيين على رده اذا علم عيبه بعد شراؤه ان قلنا له رده فليس له شراؤه لان الميب اذا جاز الرد به بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لان تميين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فان قال اشترى بين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل) وجهة ذلك أنه اذا دفع اليه درهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له ان يشتري بينها وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فاذا أطلق كان له فعل ما شاء منهما فان قال اشتر بينها فاشترى في ذمته ثم تقدمها لم يلزم الموكل لانه اذا تبين الثمن انسخ العقد بتلفه أو كونه منصوباً ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرى ولا حمال أن يجبي المحيل فينكر الحوالة أو يضمه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزومه اليين مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليين مع الانكار لعدم انفاضة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا يضره عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالدفع والوكيل ينير جعل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالغاصب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لئلا ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

نمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

﴿ مسألة ﴾ (فان قال اشترى في ذمتك واتقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرام وتلفها فكان اذا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينا لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال به من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجلة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيم لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بمر توبي غدا لم يجز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو به صلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم قيد الاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿مسئلة﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يحز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لها ان يشتري بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبالغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتل ان يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبا ويحتل ان يكون مستحبا والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعه وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجز العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجني وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرب به بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساواة المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما اذنا في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان اذنا في زراعة مثله وما دونه ولو اكرى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال به فلانا لم يملك يبعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في ملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقربة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العتد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشترى بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقدا لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو زوج له وقولهم ان حقوق العتد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشترى له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحمر مال لهم لانهم يتولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العتد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزويج المحوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لثانئه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى الفرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يبي بيع مال غيره بتولية فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من ما لا يتيم ملاحظ لليتيم في بيعة فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لئله قريبا له بالتالي هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان ، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امتثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لآخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادة الحاكم فيما أراد ان يشتري لوكيله كالحكم في بيعه لئله لانهما سواء في المغني

أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالمأخذ كالأيجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منها فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيباً فرد على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل ، ولو وكل رجلا يستسلف له العاصي كرخصة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية مهنا إذا دفع إلى رجل ثوبا لبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا قالندبل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المندبل سببها المبيع فكان المندبل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(المفني والشرح الكبير) فروع في التوكيل في الزواج واذن الوكيل في الشراء من نفسه ٢٣٩

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوج ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه أذن له في طرفي العقد فجاز له أن يبيعها اذا كان غير متهم كلاب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولأصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للوكل وهما متضادان فأنما، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المتع هي من المشتري لنفسه، في غل لا تفاق التهمة لادلائها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح هنا بالأذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نفسه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يمين له الثمن تفيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تندر قبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الابراء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالا براء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأتته على قبض الثمن، فعلى هذا ان تندر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا قبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق فائب عن الموكل أو موضع يقيم اثمن بترك قبض الوكيل كان اذا في قبضه فتم ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم الميسم في

الاجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيها اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج
هنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو
حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبهه مالو وكله في السراء من نفسه
ولهذا يحكم للانسان بما في يده وذكروا أصحابنا وجها كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غيره مولداً فجاز أن يشتريه من مولداً كالأجنبي وإذا جاز أن يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لا تجوز أن يملكها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فلي هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد
صح ولزم زيد الثمن، وان قال السيد اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقراره على نفسه
بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في
تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرى، والسيد فسخ البيع واسترجاع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي قال قول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في
اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نساءه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فان اشترى عبداً فقد ثمنه
فخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم ابائنه في الثمن على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وآخر
تسلم الثمن لغير عذر فهلك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب بيقضه أو نحو ذلك فلا ضمان
عليه نص أحمد على هذا لانه مفرط في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط
(مسألة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
ولنا أنه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بالأذن في الفاسد كما لو أذن في شراء خمر وخنزير
لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسألة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الضرر ولا نه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيها تناوله كما لو قال بمر مالي كله

بإطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لما ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز للوكيل في البيع ،
 البيع من نفسه ، في إحدى الروايتين ، وإن وكل غرباً له في إبراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط
 حق عن نفسه فأشبه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وإن وكله في إبراء غرمائه لم يكن له أن يبرئ نفسه
 كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكلاً في خصومة
 نفسه ويحتمل أن يملك إبراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن فأبرأه
 صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه ، أو الكفيل في إبراء المكفول
 عنه فأبرأه صح وبريء الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا بريء الاصل بريء الفرع ببراءته
 (فصل) وإن وكله في اخراج صدقة على الساكنين وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه
 على قوم هو منهم ، أو دفع اليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالنصوص
 عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فإن احمد قال اذا كان في يده مال للساكنين وأبواب البر
 وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً إنما أمره بتفريقه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى
 غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالسائل التي تقدمت ولان المغني الذي حصل
 به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن
 الاحوال فاعلم على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يرده فليس له الاخذ ،
 وما تساوى فيه الامران احتمل وجيهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان
 (أو لاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المغني المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه
 مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة انتطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه
 وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيحظم الضرر
 (مسئلة) (وإن وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الثمن وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو
 قبض دونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الثمن
 (مسئلة) (وإن قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر الثمن وقدر الثمن
 وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ماشئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه بكثير فيكثرفيه
 الثمن وإن قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الثمن وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتاج الى ذكر
 الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من
 شيء فهو يبتنا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من
 غير تعيين كالاذن في التجارة

٢٤٢ نراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل . تصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه (المنفي والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الصفل جائز وكذلك شراءه له من نفسه)

بني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق القصد تعلق بالمأقد فلا يجوز أن يتعلق به حكان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي القصد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا لسل ما ذكره من تعلق حقوق القصد بالمأقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنته على ما سذكروه في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده متفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حفظ نفسه لحظه فلذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فإن التهمة غير متفية في حقهم ، وأما تولى طرفي القصد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا لسل ما ذكره فيما اذا أراد أن يزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي ؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلنا فلان التهمة غير متفية ثم

(مسئلة) قال (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)

وجلته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فلموكل عزل وكيله متى شاء والوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ؛ وبطل أيضا بموت أحدهما أيهما فإن وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم متى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالزول ولا موت الموكل فمن أحد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحارقي هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع

ما شئت من مالي لم يحز وان قال بع ما شئت من عيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركيا أو ثوباً صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الثمن ولان تقدير الثمن يضربه فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جاز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة

بملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات تقع باطله وربما باع الجارية فيطوؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحبب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بامر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فلي هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وان عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضور الموكل لانه متصرف بامر الموكل فلا يصح رد أمره بشيخ حضرته كالودع في رد الوديعة

ولنا ما تقدم قما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما فترقان فان أمر الشارع يتضمن المصيبة بتركه ولا يكون حاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يجبر عليه لسفه فحكمه حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وان جبر على الوكيل لفلس فالوكالة بها لما لانه لم يخرج عن كونه أهلا لتصرف، وان جبر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لا تقطع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لزمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بها لما لان الموكل أهل لذلك وله ان يستيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستداه وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيها بنافيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتأوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة بمن لا يرضاه للقبض (فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لان الإقرار أحد جوابي المدعي فلكه كالانكار

ولنا ان الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وقارق الانكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا ولا يملك المصالحة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف فلهذا الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

(مسئلة) (وان وكله في القبض كان وكيله في الخصومة في أحد الوجين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجين لأصحاب الشافعي لانها مضيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيله في الآخر لانه لم يتصلوا به

كالإيجاب في عقد النكاح فإنه ينزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فإن كان وكيلًا في القبول للموكل لم ينزل بفسق موكله لأنه لا ينافي جواز قبوله وهل ينزل بفسق نفسه فيه وجهان وإن كان وكيلًا فيها تشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا فنزل بفسقه وفسق موكله بخروجها بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلًا لو كُيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لأن موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والأغماء لأن ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه إذا تصرف فقد تصرف بأذن موكله فصح كما لو لم يتعد، ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدي والحيانة والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة فإذا انتفت الأمانة بالتعدي بقي الإذن بحاله، فلي هذا لو وكله في بيع ثوب فابسه صار ضامنًا فإذا باعه صح بيعه ويرى من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فإذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لأنه قبضه بأذن الموكل ولم يتعديه ولودفع إليه مالا وكله في شراء شيء فتعدى في الثمن صار ضامنًا له فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للبيع قبض أمانة وإن وجد بالمبيع عيبًا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبًا فرد وقبض الثمن كان مضمونًا عليه لأن العقد المنزّل للضمان زال فساد ما زال عنه

ووجه الأول أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبیت فكان أذنا فيه عرفًا ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل أنه إن كان الموكل عالمًا بميجاد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلًا في تثبيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينًا أو دينًا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة إن وكل في بيع عين لم يملك تثبتها لأنه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا أنه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكرناه فإنه توكيل في قبضه ونقله إليه

(مسألة) (وإن وكل في قبض الحق من إنسان لم يكن له القبض من وارثه وإن قال أقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه)

إذا وكله في قبض دين من رجل فأت نظرت في لفظه فإن قال أقبض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لأنه قد يرى بقاء الحق عند من دونه وإن قال أقبض حقي الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لأن قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينزل لذلك ، ويحتمل أن ينزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بشيء اذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي اذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأثراً أو حريباً او مرتداً لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فازد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً

على موروثة ، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انساناً في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فموكالوكيل ، قلنا الوكيل إذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعل وكيله دون وارثه

(مسئلة) (وإن وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وإن وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الحارثي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الوديعة لا تثبت إلا بينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال لي المودع فقال لم تدفعه فاقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيها وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلا في نقل امراته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيعة بطلاق الزوجة وعق البد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته (فصل) وإن تلفت المين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فأتى ولو دفع إليه دينارا ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة - وإن وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لأنه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله في الشراء مطلقا وقد الدينار بطلت أيضا لأنه إنما وكله في الشراء به ومناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع أما قبل الشراء أو بعده وقد تضرر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه لزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بزمه وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن لأن الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فإذا اشترى للموكل به شيئا وقف على إجازة الموكل فإن أجازته صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بين ماله لغيره شيئا كالشراء باطل لأنه لا يصح أن يشتري بين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بماله نفسه شيئا صح الشراء - لو وكيل سواه اشتراه بين المالك أو في الذمة لأنه اشترى له مالم يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين فنقضه ولم يشهدوا ذكر الترميم ضمن إلا أن يقضيه بمحضرة الموكل)

إذا وكل رجلا في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه قاضي الوكيل قضاء الدين ودفع المالك إلى الترميم لم يقبل قوله على الترميم إلا بيعة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كالأداء الموكل فإذا حلف الترميم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن كان قضاء بتبرئة فله الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد ومن أحد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع عينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالأمر به ببيع ثوبه قاضي معه، ووجه الأول أنه مفترط بترك الأشهاد فضمن كالأمر به في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد؟ قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كالمسألة بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجوبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بمحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاءها فدفعها الى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي أذن له في القبض لكن جعله وكيلا ويمكن من عليه الدين من القضاء تخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال لا يجزئني أن يدفع اليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ اليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيه وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع الى الوكيل فأما من طريق الحكم فلو وكيل المطالبة وللآخر الدفع اليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للبهة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من ان يكون الموكل قد مات وانتقل الى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالنزل به وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل جع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا هو من التأقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لان تركه الاحتياط والاشهاد رضا منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بغير اشهاد فلا ضمان عليه لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على الفصاء عد ولا فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تقييده وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادة واحد أو رجلا وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضورك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تهريب) سواء كان بجعل أو لا لانه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تقييده في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تقبل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالودع ولانه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالاب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لانه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الامانات مع دعوى الحاجة اليها وذلك ضرر وقال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ او يطلأ)

وجله ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلك عنها أو ينهاء عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امساكها وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارتجاعها لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تفسخ الوكالة في الطلاق ويحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم اعتقه أو باعه يبعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه يزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدي الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه يبعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزول ، ذكره ابن المنذر .

الفاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتمذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التالف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله أو باقرار موكله أو بينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالحلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبهها فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال بعث الثوب وقبضت الثمن فالتقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فينكر الموكل ذلك أو يقول بعث ولم تقبض شيئاً فالتقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيها كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لانه يقر بحق لنيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسائة فالتقول قول الوكيل لما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وكل في شراء شيء فاشتري غيره كان الاً مرجحاً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الاً أن يكون اشتراؤه بعين المال فيبطل الشراء)

وجلت أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشتري غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يحل من أن يكون اشتراؤه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراؤه في ذمته ثم نقد منه فاشترى صحيح ، لانه إنما اشترى بشئ في ذمته وليس ذلك ملكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كالأشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو لغيره ، إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجازته لزمه لانه اشترى له وقد أجازته فله كما لو اشترى بأذنه ، وإن لم يحجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكيلاً الذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيله ، فلما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير إذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الاً أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذاً وإلا فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسةائة .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

(مسئلة) (وإن اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجمل فعلي وجهين) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جمل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالكه فكان القول قوله كالودع وإن كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يحجزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع ماله يؤذن له في يمه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بحجزه فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في التقيد فلم يصح كالمال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال للحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك» يعني ما لم يملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائز لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكمتنا بطلان البيع فاعترف له الماقد منه بطلان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف الماقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف اللسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موكلي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالقصد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فإذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجه ذلك ان الامناء على ضررين (أحدهما) من قبض المال ثغم ماله لا غير كالمودع والوكيل بغير جمل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال ثغم نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستجير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعترف فادعى الرد أو التلغ لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بمجده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلغ لم يقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بمجده فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلغ قبل وجود خيائه فان كان جعوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلقى أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلقى بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيائه

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في اليوم لسيئة وفي الثراء بخسة فأنكره فلي وجيهين)

وجه ذلك أنهما متى اختلفا في حصة الوكالة فقالوا لك في بيع هذا البعد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح الذكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال رجل اشتر لي بدينى عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كره طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بدينه ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كره طعام واقض الثمن غني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاء من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضاء من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالأذن فاختص بما اذن فيه والأذن يعرف بالنطق نارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتاً لم يحز تقديماً عليه ولا تأخيراً عنه فلو قال له بيع ثوبي غدا لم يحز يمه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعاق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفاً بجودة القدر أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم فتد الاذن به لانه قد

في يمه نقد أو قال بل نسيئة أو قال وكنك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكنك في الشراء بشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في الجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله بقاء قال بل قيصاً وحكي عن مالك ان أدركت الساعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فلي هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما اذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاذا حلف برى من الشراء ، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بين المال أو في الذمة فان كان بين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

لص على أمره فيه غرض فلم يجز قوته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المتصوص عليه في الغرض فكان تصيبه على أحدهما إذنا في الآخر كالواستأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له للمشتري فقال بعه فلانا لم يملك يمينه لغيره بغير خلاف عتساء سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في ملكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه قالو وكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالموكل اذا أذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والتم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبعض اضرار بالموكل وتشقيص للملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراء بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى اليهم وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقا فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع، فان أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها وفق الامر إلى الحاكم ليرفق به لبيعه إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته مئاقصا بالثمن الذي أخذ منه إلا خسر ظاهرا فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مرادة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بستكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بستكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بستكها وكذلك كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد بيعت باذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جميعهم ولا افرادهم وإن قال اشترى عبداً صفقة واحدة أو واحد واحد أو بهم لم تجز مخالفته لان تقصيصه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء ، وإن قال اشترى عشرين صفقة فاشترى عشرين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترى من المال كين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بافظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف ، وإن اشترى من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فإن دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتريه بينهما وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وإن قال اشتر بينهما فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا تم الثمن انفسخ العقد بطله أو كونه مقصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل ؟ على روايتين وإن قال اشترى في ذمتك وانتقد هذه الدرام ثمتنا فاشترى بينهما فقال أحما بنا يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرام وتلفها فكان إذا في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وإن اشترى الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه (فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقية إن تلف فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذه من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد ، وإن كذبه وأدعى أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وإن كانت قائمة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له المتع وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فاعلم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وإن كذبه أحد هادون الآخر فله الرجوع على المصدق بنفي يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا إن اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال إنما بعتي مالك فاقول قوله مع بينه أنه لا يعلم كونه وكيل ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغير عينا لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بثلثها ولا يطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تقويته عليه كالم يحز تقويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنعو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بتقدأ وحالا لم يحز مخالفته وان أذن له في النسبة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبع إلا حالا بتقدالبلدان الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى تقد البلد ولهذا لو باع عبده بثمره دراهم وأطلق حل على الحلول بتقد البلد وان كان في البلد تقدن باع باغلبهما فان تساوى باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبا له البيع لساء لانه معتاد فاشبهه الحال ويخرج لتامثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا هاهنا الاول أولى لانه لو أطلق البيع حل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسل تساوي المادة فيها فان بيع الحال أكثر، وبغارق المضاربة لوجهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وهنا يعود على الموكل فانقطع الخلق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة لسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها لسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثمان النسبة دون النقد، وان باعها نقداً بما تساوي لسيئة أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فثقل ضمانه وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنه رددته قبل طلبه أو انه كان تلق لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقته الموكل برى فان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة إحدى الحجتين فبرى بها كالأقرار والثاني لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلاف إذا صدقه لانه أقر براءته فلم يبق له منازع، وإن لم يبعه برده لكن منه أو مطلق مع امكانه ثم ادعى الرد أو اتلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمتع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر فالقول قول

التكر بهر بين وهل يلزم الزكيل نصف الصداق ؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكنتي فأنكر الموكل فالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكنتك ودفعت إليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كنه أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك ولو قال رجل

(المضي والشرح الكبير) حكما إذا وكله في الشراء نقداً فاشترى نسبة بأكثر من النقد ٢٥٥

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبه ماو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسبة صح وإن كان فيها غرض نحو أن يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو التقليل أو يتبرع عن حاله إلى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبه أو المائلة ومتى كان في المنطوق به غرض يختص به لم يحز تفويته ولا يموت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشترى نسبة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل، وإن اشتراه نسبة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحز كقولنا في التي قبلها ولا أصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه

ولنا أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل فالشراء فانه وافق عليه وما ذكره بمتنفس بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغايين الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فخكه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لاخر وكلتني ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لأن الوكيل يدعي حقاً لغيره، فأما ان ادعت المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لأن دعوى المرأة على الموكل وحقوق المقتد لا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبة كذا هنا ولأنه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالمقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لأن الثمن مقصود البائع والمادة تسجيله وأخذ من المتولي للشراء والنكاح يخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لأنه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لأن الفرقه لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ايقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يزوج المرأة حتى يطلق لانه يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لانهما

وعن أحمد أن البيع جائز دون الشراء وبضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالبريء ، فلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتباين الناس به وما لا يتباين الناس به لأن ما يتباين الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقبح لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتباين الناس به عادة فمعتق عنه إذا لم يكن الموكل قد ر له الثمن لأن ما يتباين الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحجز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وانتهى يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تقفه ولا ضرر وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الاثمان

معتزة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزواج وأنكر أن يكون زوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت الزواج هنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتم اقامة البينة عليه لكونه لا يعتقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص هنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في أحدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بهائة ودينار ولان الاذن في بيعه بهائة اذن في بيعه زيادة عليها عرفاً لان من رضي بهائة لا يكره أن يزاد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بهائة دينار أو تسعين درهماً وعشرة دنانير وأشياء ذلك أو بهائة ثوب أو بهائين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه خالف مركله في الجنس فأشبهه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجري مجرى بيعه بهائة درهم ودينار واما الثياب فلا يصح بيعها لانها من غير جنس الاثبان .

(فصل) وان وكله في بيع عبد بهائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثلث الكل جاز لانه مأذون فيه من جهة العرف فان من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله يبيع النصف الآخر لانه مأذون في بيعه فأشبهه ما لو باع العبد كله بثمنين ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لانه قد حصل الموكل غرضه من الثمن ببيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للمغني عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عبيدين بهائة إذا باع أحدهما بما صح وهل يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين، قلنا إن وكله في بيع عبده بهائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وان وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يحز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وعمر بن عبد العزيز أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن لا وكيل المطلق اليمر بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في بيعه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يحز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها ففقد عليها وضمن الوكيل الالف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحاله وقياس ما ذكرناه ان المرأة ان صدقت الوكيل لزمه الالف الا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي انه لا يلزم الضامن شيء لانه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا ان الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وانه ضامن عنه فلزمه ما اقرب به كما لو ادعى على رجل انه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمين وصحبه وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على انسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فان الشفع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فان لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الاخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم (مسئلة) (ويجوز التوكيل بحبل وبغيره) لانه تصرف لغيره لا يلزمه لجواز أخذ الجمل عليه كره الآتي

(فصل) وان وكله في شراء عبد بينه بمائة فاشترى بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتريه بأقل من مائة تخالفه لم يجز لانه خالف نصه وصرح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه المحسون بصرح النبي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشترى بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نبيه أشبه ما زاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه ناه عن الخمسين استقلالها فكان تنبيهه على النبي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن في ما دونها فجري ذلك مجرى صريح نبيه فان تنبيه الكلام كنصه وان قال اشتريه بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كالوقال به بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جازلانه مأذون فيه عرفا وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتريه جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجيم بصرح نبيه ففيما ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بشر خلاف فاذا وكله بمجمل فباع استحق الجمل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لا شرائه إياه ولو قال بع ثوبي بمائة فإزاد فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحامد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود ولنا ان عطاه روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول به بكذا فا زددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانه عين تمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة، إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص فعنه لا يصح لمخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه نسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بين مال الموكل والشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بشئ في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بباطة فاشترى على الصفة بدونها جازلانه مأذون فيه عرفا وان خالفه في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بباطة فاشترى عبدا يساوي مائة بدونها جازلانه لو اشترى بباطة جاز فاذا اشترى بدونها فقدزاده خيرا فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يحجز وان كان يساوي أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدینار فاشترى شاتین تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع الموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداها تساوي دينارا والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتین بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامه عمدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد ديناراً فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتین بدینار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدینار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتكم قال «وضعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو له غيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (احداها) الثراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بشير اذنه فكان الثراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجاز له لزمه وان لم يحجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الثراء صدر منه ولم يثبت لغيره ثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا ذكر الحرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بشير اذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الثراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بشير اذنه قاله القاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فإذا كان بشير اذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المزوج فان أجاز له صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بديني عليك طعاما لم يصح ولو قال أسلف لي ألفاً من مملكتك في كرام طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي ألفاً في كرام طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الثراء للوكيل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بمه دينار قباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بنير أمر الموكل قباه وجهاً (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بنير أمره فلم يحز كبيع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي ديناراً جازاً لحديث عروة بن الجعد الباري ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جازاً فجاز له إبدالها بنيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لأنه أخذ بمحدث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة قباعها فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بنير أذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع ههنا وجهان

(فصل) وإذا وكفه في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها إلا سليمة لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالميب، فإن اشترى ميباً يعلم عيبه لم يلزم للموكل لأنه اشترى غير ما أذن له فيه وإن لم يعلم عيبه صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لسجده عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعت إليه رسولا يقبضها فبعت إليه مع الرسول ديناراً فضاء مع الرسول فهو من مال البائع لأنه لم يأمره بمصارقته إنما كان من ضمان البائع لأنه دفعه إلى الرسول غير ما أمره به المرسل لأن المرسل إنما أمره بقبض الدرام ولم يدفعها إنما دفع ديناراً عوضاً عنه وهذا صرف يقتدر إلى إذن صاحب الدين ومصارقته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم إلا أن يخبر الرسول الغريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدرام فيكون من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض الدرام التي أمر بقبضها فضاعت من الرسول بنير قريبط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية منها في رجل له عند آخر دينارين وثياب فبعت إليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت قال ضمان على البائع يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينارين والثوبين إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجعهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه والموكل تضمن الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إلا ما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في المقد الفاسد كالقبض في المقد الصحيح فإذا كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم ليشتري لها شاة فخلطها مع دراهمه فضاء فلا شيء عليه وإن

عن شراء ميب لا يعلم عيه فاذا علم عيه ملك رده لانه قائم في الشراء مقام الموكل والموكل رده أيضا لان الملك له فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالميب لم يكن للوكيل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال لان له حقا فلا يسقط برضى غيره، وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالميب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد لمرب البائع وفوات الثمن بتلفه، وان أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وان قلنا الرد على الفور لانه أخره باذن البائع فيه وان قال البائع موكلك قد علم الميب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فان لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي عليه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة هنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فان رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني الميب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقم الرد وموقفه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن تقول إن الوكيل لا يتزل حتى يعلم الزل، وان رضي الوكيل الميب أو أمسكه أمسكا

ضاع أحدهما أيهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منه وبمحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير اذنه ضمنها كلوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم ان الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها، ومعنى الضمان هنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على الحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لانها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فان كان عليه حق لانسان قاعدى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع اليه الا ان تقوم به بينة وان لم تتم به بينة لم يلزمه الدفع اليه وان صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو ودعية عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وقاء الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لانه أقره بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عيناً وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وقارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وان كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم قائلتها .

(مسئلة) (فان دفعه اليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة لحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المعيب لان التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المعيب في اطلاقه ولانه أمينه في الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون المعيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنينة فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العيب ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال هنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بينها فاشترها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتأمين فربما رضي على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً

وجهة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برىء الدافع وان كذبه قال قول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالاخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذه الوكيل ويكون قصاصاً عما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتدبيره وتقربطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عيناً فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع يدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والتأبض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بتدبيره فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكن ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وان قلنا يملك رده فليس له شراؤه لان العيب اذا جاز به الرد بعد العقد فلان يمنع من الشراء أولى وان قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء هنا لان تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العقد تتعلق به غير مسلم وينفرد عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خراً أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقم للذمي لان الحر مال لهم لانهم يمتولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كترويج الخمرية وبهذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن

فرط استقر الضمان عليه فان ضمن لم يرجع على أحد وان ضمن الدافع رجع عليه لانه وان كان يقر بانه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فان كان ادعى ان صاحب الحق أحاله قضي وجوب الدفع اليه مع التصديق واليمين مع الانكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع اليه لان الدفع اليه غير مبرى ولا حتم ان يتكر الحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف ان الحق انتقل اليه أشبه الوارث والاول أشبه لان العلة في جواز منه الوكيل كرون الدافع لا يبرى وهي موجودة هنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع اليه يبرى وهو متخلف هنا فالخافه بالوكيل أولى وان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار وان قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الانكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وان ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع اليه بشر خلاف نفسه لانه مقر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق وإن اذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لان اليمين هنا على قبي فمل الغير فكانت على قبي العلم وإنما لزمته اليمين هنا لان من لزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد التابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فذلك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالسبب وضمان الدرك فأما نحن ما اشتراء اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن والبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردده على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألقا في كره حنطة ففعل ملك الموكل ثمنا والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية منها اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالتمديد لصاحب الثوب أما قال ذلك لان هبة التمديد سببها البيع وكان التمديد زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لا ضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئا والقول قوله مع بينة وان كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالدفع والوكيل بلا جمل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالنائب والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاث ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملصق فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (أحدهما) ثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحد في الرجل يوكل وكلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين قلنا الحرق في قوله ولا تقبل فيها سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات لتصرف ويحتمل أن يكون قول الحرق كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالمبيع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالاته بذلك ، وإن كان الشاهد بالزور أجنبيا لم يثبت الزور بهما وحده لان الزور لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال اصحابنا فيها روايتان (احدهما) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احدى قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقى بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقول من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقى كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بالمرء رجلا غيرها لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجح عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجح عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة قد تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندم حالة واحدة فجوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالجمعية وشهد آخر أنه أقر بها بالمرية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالمرية وشهد الآخر أنه وكله بالجمعية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالمرية غير التوكيل بالجمعية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيداً أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم تتم (المفني والشرح الكبير) (٣٤) «الجزء الخامس»

(فصل) فان شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة وشهد آخر انه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وان شهد احدهما انه اقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر انه اقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فيوز له الاقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد احدهما انه اقر عنده بالوكالة بالمرية وشهد الآخر انه اقر بها بالعجبة ثبتت، ولو شهد احدهما انه وكله بالمرية وشهد الآخر انه وكله بالعجبة لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالمرية غير التوكيل بالعجبة فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه قال اذنت لك في التصرف أو انه قال جعلتك وكيلًا أو شهد انه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال احدهما اشهد انه وكله وقال الاخر اشهد انه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانهما لم يحكما لفظ الموكل وانا عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر أنه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله وزيدا أو شهد انه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم

الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين ، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في البيع لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة تثبت بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسمط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا اتصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم اعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراخيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما اعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدمه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع اليانة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على ان الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجارته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولا نه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا انصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراهياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لقدحه في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر به بالثاني لم تثبت

(فصل) ولا يحسم سماع البيئة بالوكالة على الغائب وهو ان يدعي أن فلانا الغائب وكنتني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالعزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجربها قعماً ولا يدفع بها ضرراً

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالعزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجربها قعماً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه قسماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كاللذهيين ولنا أنه بقصد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فإنه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين قسيتين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران الى أنفسهما قسماً وهو زوال حق الزوج من البض الذي هو ملكهما وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما قسماً وهو إبقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للامسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه قسماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كاللذهيين ولنا أنه بقصد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فإنه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين قسيتين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران لانفسهما قسماً وهو زوال حق الزوج من البض الذي هو ملكهما، وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما قسماً وهو إبقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للامسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالاقرار ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لأنهما يثبتان لا يبيها نائباً متصرفاً ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً لذلك ، وإن ادعى وكيل لموكله النائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وإن حقه باق في ذمة الترم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لا يبيها ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لبيده وأبناؤه يشهدان لبيد أيهما والابوان يشهدان لبيد ابنيهما فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ محتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملء لم تسمع دعواه حتى تقوم اليقينة بوكالته وإن قلنا يحكم بملءه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كاليقينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم اليقينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لا يبيها نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فإنها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فأنكرها الموكل فشهد عليه ابناه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناه قبل أيضاً كذلك وإن ادعى وكيل الموكل النائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الترم وشهد له ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لا يبيها ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لبيده وأبناؤه يشهدان لبيد أيهما والابوان يشهدان لبيد ابنيهما ، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ محتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فأنكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملء لم تسمع دعواه حتى تقوم اليقينة بوكالته وإن قلنا يحكم بملءه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كاليقينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم اليقينة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قادعى أنه وكيل فلان النائب في شيء عنه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يقتصر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يقتصر إلى حضوره كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يقتصر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بع هذا الثوب بشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني للمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قادعى أنه وكيل فلان النائب في شيء عنه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على النائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بهاقضاء على النائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يقتصر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يقتصر إلى حضوره كذلك ههنا والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على النائب لا يقتصر إلى حضور وكيله

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتهم وأخذتهم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقررتنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (أليست بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فاروي أن ما عزا أقر بالزنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريية فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع اذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وان كذب المقر ثم صدقه سمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من طاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والتائم والمغنى عليه فلا يصح اقرارهم لا لئلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن التائم حتى يستيقظ » قصص على الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون والتائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتهم وأخذتهم على ذلك إصري ؟ قالوا أقررتنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (أليست بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فاروي أن ما عزا أقر بالزنا فرجه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهما » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه تنفي عنه التهمة والريية فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعى بيته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع .

(مسألة) (ويصح الاقرار من كل مكلف مختار غير مجبور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والتائم والمغنى عليه)

لا لئلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن التائم حتى يستيقظ » قصص عن الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحد في رواية منها في اليتيم إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى أما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لمعوم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتمان أقر من هو مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قوله إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر لانتنا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يسمع إقراره بلا خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله طامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تقتني عنه التهمة فيما يجز به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله وأما المكره

والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كاليمين والطلاق ، فأما الصبي المميز فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره للتص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لمعوم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فصح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والائتمان .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقراره البعد أولى لأنه مكلف

(مسئلة) (فإن أقر مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر)

إلا أن تقوم بينة يلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف لانتنا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح إقرار السكران ويتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بغير خلاف وإن كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فأقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى أو أقر بعق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح يعمه نص عليه لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند الساطن أو عند غيره لأن الأصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقبض والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لأن هذه الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لأن الأصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تقتصر صحة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لأن الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفیه والمفلس والمريض في أبوابه. وأما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لأن الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لأن المولى لا يملك من العبد إلا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لأن المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ وأما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالنصوص

خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله.

﴿مسألة﴾ (ولا يصح اقرار المكره إلا أن يقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح)

لا يصح اقرار المكره بما أكره على الاقرار به، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع قالما أن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو أقر بعق عبد صح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسألة﴾ (وإن أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح يعمه)

نص عليه أحد لأنه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا (الجزء الخامس) (٣٥) (المنفي والشرح الكبير)

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه متهم في أنه يقر لرجل ليغفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاث يقضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد، وجب المال كالجائنة والمأمومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجهها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدرهم لسيده ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدرا بها القطع لسكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم تثبت حكم السرقة فيها فلا تثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرعة لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره محال ولا تنا

بينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفيه والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا أهمية عليه في

ذلك وأما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر مال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير متهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه لإقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على الثلث ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون ولنا أنه اقرار غير متهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقيقته أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه متهم فيه

لو قبلنا اقراره أضررنا بسيدته لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحمد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبو حنيفة يستسمى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضى بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وعنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تمزيق القذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده . وله المطالبة بذلك والغفو عنه وليس لسيدته مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدته لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر له بيمينه أو دار لم يصح اقراره لها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرماء الصحة)

وقال أبو الحسن التميمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهما تساويا وان ضاق عنهما فقل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كفرم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منه من التبرع والاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الحرقي انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر اهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الا بينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالذهيين وقال مالك يصح اذا لم يهرم ويبطل اذا أهرم كمن له بنت وابن

المال مطلقا ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لأحد ولأنه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لملكها أو لزيد علي بسببها الفصح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر حمل امرأة بمال وعزاء الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فملى هذا ان ولدت ذكرأ واثى كان بينهما نصفين ، وان عزاء الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاتهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يعزى الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بشيها فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي وورث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تسدر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصل به كما لو قال له علي ألف لا تلمني وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تبين انه كان موجوداً

عم فافر لا يثبت له قبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يثبت في أنه يزوي ابنته وبوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضها

ولنا أنه لا يصلح للماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بشي رضا بقية ورثته كعبته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هبته تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسألة) (إلا أن يقر لزوجه بمهر مثلهما فادونه فيصح) في قول الجميع لا تمل فيه مخالفاً الا أن الشافعي قال لا يجوز اقراره لما لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بشئ مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لما وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يثبت فيها فاشبه ما لو أقر لمريض ثم برى ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاه الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناءؤه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق أو ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكبلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكبل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمون فيها لنوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا العافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالرج من أحد * إلا أوارى لايا ما بينهما

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

(مسئلة) (وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على ألف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لبعده اشتريت قميصك مني بألف

(مسئلة) (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية) وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لاخته ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثنيت فلانا عن رأيه إذا صرقته عن رأي كان عازماً عليه وثبتت عنان دابتي إذا صرقها به عن وجهها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا تماء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك، والا هنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكام عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد الثاني ولا يأتي بعده الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لأنه اثبات للمقربة فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة درهم إلا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بشيء مدعياً لشيء سواء فيقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا إبليس) فإن إبليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذ أمرتك؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فإن قالوا بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم فإنه متى كان

له ابنان فافر لاحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد لا يجوز بهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية

ولنا أنه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولأنه إذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة ثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه إذا أقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان أقر لامرأته بدين ثم ابنها ثم زوجها لم يصح اقراره لها) إذا مات من مرضه لأنه اقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم ينسأ

(مسئلة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه أقر لوارث فأشبهه الاقرار له بالاول وأصح لأنه عند الاقرار غير وارث فصح كالولم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث فصار وارثاً فنصح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن أبطله أبطله

واخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا توباً لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرقي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر وبعبارة أحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التمييز بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغائه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرها ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعاً من جنس واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان أقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمتها اليارات فلم يطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض بأبوالامة لانه ملك ذلك فلك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تعتق من رأس المسال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس قصص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجه ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح تمراً برنيا الا ثلاثة تمراً معقليا لم يجز لما ذكرناه من الفصل الاول وبخلاف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحارثي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والا اول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهيد « يكفر عنه خطايا كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولا ما دخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعة وخمسين فالاستثناء بين أن الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار لزيد إلا هذا البيت كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء السعيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمتصوص عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يثم في أنه يقر لرجل ليفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لثلاث يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجهها المال كالجائفة والمأمومة لانه لإيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

(مسئلة) (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجنايته (مسئلة) (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه لإيجاب حق في ماله (مسئلة) (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال) وجهه ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو قانقاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين
 لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه
 يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم
 فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير
 فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه ، وان قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً
 وان قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير ، اليه وان قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً
 فهل كوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير
 بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادوانه حكم الاستثناء بالا ، فاذا قال له : علي عشرة سوى درهم ،
 أو ليس درهماً أو خلا درهما أو عدا درهما أو ما خلا أو ماعداً درهما أو لا يكون درهما أو غير درهم
 بفتح الراء كان مقراً بتسعة وان قال : غير درهم ، بضم رائها وهو من أهل العريضة كان مقراً بعشرة
 لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء قائماً لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من
 أهل العريضة لزمه تسعة لان الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعريضة لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه قاللدرهم لسيد
 ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان
 لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك
 لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برفقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك
 والعبد لا يقبل اقراره بماله لانا لو قبلنا اقراره أضرب السيد ولا نه اذا شاء أقر لغير سيده فابطل ملكه فان
 أقر السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لافي بد نفسه ولانه لو قبل
 اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحذ وجناية العمد

(فصل) ويصح الاقرار اكل من يثبت له الحق فاذا أقر لعبد بشكاح أو قصاص أو تمزيق القذف
 صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والمفوع عنه وليس
 لسيد مطالبته به ولا عفو وإن كذب العبد لم يقبل اقراره ، وان أقر له بمال صح ويكون لسيد
 لان يد السيد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك
 كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لمولاه لم يصح) لان العبد لسيد فلا يصح اقراره لنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر اسقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه ويتنظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والمطف والبذل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمله الواحدة ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا قبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمه الا باذنه» والوجه الاول أولى لان الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجمل احدي

العبد لسيده لم يصح لانه اقر له بما له فلم يفده الاقرار شيئاً
(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب العتق فتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره
(مسئلة) (وان أقر لعبده غيره بمال صح وكان للمالك) لان مال العبد لسيده
(مسئلة) (وان أقر بهيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية الملك، وان قال علي بسبب هذه البهيمه لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال للمالكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البهيمه لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون للمالكها كالاقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بمجهولة النسب فافتت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تقرر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولادها بعد الاقرار ولذا كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أنت به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاجتماع أنها أنت به في ملكه غيره (والثاني) تصير أم ولده لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الملتين مع الاستثناء لقوا لانه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فان الاستثناء لم يرفع احدي الملتين انما أخرج من الملتين مماً من انصف بصفة فنظيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ، ونظير مستثنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ، وان قال له : علي درهماً وثلاثة الا درهماً ، لم يصح أيضاً لانه يرفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : علي ثلاثة وثلاثة الا درهماً خرج فيها وجهان لانه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهماً كان مستثنياً لحصة مبقية لحصة ، وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجورهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها من الفاجرين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نقيضاً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نقيضاً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثبوت ثلثة لانه أثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهماً وبقي من الثلاثة المتبقية درهماً مستثنياً من العشرة فيبقى منها ثمانية وسيزيد لهذا الفصل فروطاً في مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

ابنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطاً وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لمن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواله (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضاً فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لانه مكلف أقر بحق ليس فيه قبح فلزم كما لو أقر بما كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب إحقاقه على ذلك لم يستحق لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه يثبت باتفاقهما فزال رجوعهما كالمال والاوّل أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لان النسب يتناول

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة او سكنى او عارية كان إقراراً بالبدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بجملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشبهال وهو أن يدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتعل عليه وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثلثها أو قال ربمأصح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاء ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيم للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يعود فيها أطاره

لأبائه وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (انضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره باخ فسند ذكره أن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه منهم في قصد أخذ ميراثه، وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكره يبطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وإتاقه على نفسه، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد ويجب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق

(فصل) فإن اقترت امرأة بولده لم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين (أحدهما) لا يقبل لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو إلحاقاً للامرأ به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولده يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فإن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا بدان يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن محول بينها وبينه وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعي عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك اقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (أحدها) أن هذا ليس بإقرار القاضي وقال لم أجد عن أحد رواية بهذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فضليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كاللذهيين، ووجه قول الحنفي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بمضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا بينة وأما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء

(فصل) وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيها إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقرأ بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه مانع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل ارضهم أو دخلت هي دار الاسلام فوطئها والنسب يحتاط لاثباته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم اليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك)

لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

(فصل) وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقرأً بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقرأً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا إن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرأً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكرناه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجه لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل بما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويحجيء على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسوس التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكرك عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك لحاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكرك ما رفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه هنا إن ماد فادعى القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيت له إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيت، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه ما أقر به وله العيين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه انكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) إذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال بنكاح فلي الولد الولاء والام والآخرون من أولادها رقيق، فان قال استولتها في ملكي فالمر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه بمولود وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام يانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فن وقت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه ونحرر مطالبته به والاقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فإنه أخبر بها في زمانين ويمكن أن يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلت فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فأما يرفع جزءاً أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل اقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خر أو خنزير أو من ثمن طعام اشترته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أي بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في اسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء اقراره إلى سببه فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكألو قال له علي ألف لا يلزمني أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فان ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فيتنايان وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه

وان كان أقر السيد بوطمه اصارنا فراشاً ولحق ولداهما به اذا أمكن ان يولداً بعد ووطمه وان أمكن في إحداهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً، وان لم يكن أقر بوطمه واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدي نسائه فإذا بين قبل بيانه لان المرجح في ذلك اليه ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فان قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وان قال في نكاح فلي الولد الولاء لانه مسروق والامة قن لانها علفت بمملوك، وان قال بوطمه شبهة فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وان ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فإذا حلف رقت له ورق ولدها فإذا مات ورثه ولده المقر به وان كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت، وان لم تصر ام ولد عتقت على ولدها ان كان هو الوارث وحده وان كان معه غيره عتق منها بقدر مملك وان عادت قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامم وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لأن الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يمتنع لان الظاهر أنها ولده في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فان لم يكن وارث او كان وارث لم يبين عرض على القافة فان ألحقته باحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حدا لله تعالى يدراً بالشبهات ويحطاط لاسقاطه فأما حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدراً بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيماً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرماً لعمر شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رعى به في البحر ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبا من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويغرمها لعمر وهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بنصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف افرع بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واحتلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا يتقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أن يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سائرهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب التق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وإن كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وإن كان معه غيره لم يثبت النسب والمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنا لم يقبل اقراره في حياته لأنه على غيره فلا يقبل قلنا ان كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان اقرار واحد أو جماعة ذكر أو أنثى وهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون اني عليه وفي دعاويه كذلك في النسب إلا ان يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فإن كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها عمرو لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بانها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمرو لا ينافي ذلك لانها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او طارية او وصية ولا يفرم لعمرو شيئاً لانه لم يكن منه تهريب ، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمرو لانه اقر الثاني بما اقر به الاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضها وهما لا تمارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمرو وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمتصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمرو ويفرمها لزيد لانها اقربها لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمرو أو قال هو لعمرو دفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه

(فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطلب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر ان ادعاها ولا يفرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عينا فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا عليه اليمين أنه لا يعلم ونزع من يده فان كان لأحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة اقر غنا بينهما فنزع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الغاصب بعد ذلك مالكا قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم ينصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن ابى وقاص احتصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمة اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة ، الولد للفراش والمهر للحجر » فقضى به لعبد بن زمة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي خنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويطلب بالاقرار بالدين ونلقم له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(مسألة) (وان اقر من عليه الولاية بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدق مولاة)

لان الحق لمولاة فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

(مسألة) (وان اقرت امرأة بكتاح على نفسها فهل يقبل ؟ على روايتين)

(إحداهما) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو اقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي التفقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المتني والشرح الكبير)

لاحدما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن العين لما جعيا فسلمت الى
أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن عين توجهت عليه ففضي عليه كالوادعاها وحده
(فصل) فان كان في يده عبدان فقال أحدهذين لزيد طوب بالبيان فان عين احدهما فصدقه
زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه العين في العبد الذي ينكره وان قال زيد أما لي
العبد الآخر فالكقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن
يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا
يملكه ويكون في يده المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التمين
فمينه المقر له وقال هذا عبيدي طوب بالجواب فان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل
عن العين يقضى عليه وان اقر له فهو كتمينه

(فصل) ولو اقر لرجل بعبد ثم جاء به فقال : هذا الذي اقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو
آخر فعلى المقر العين انه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا الى المقر له لانه لا يدعيه وإن قال:
هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من اقر لرجل بملك فكذبته بطل
قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه
كان محكوماً له به فاذا بطل اقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان اقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقررة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل
الا على المجبرة من المحررات لم تكن مجبرة لم يقبل لانه اقرار على الغير فلم يلزمها كما لو
اقر عليها بمال

(مسئلة) (وان اقر أن فلانة امرأته او اقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر
إلا بعد موت المقر صح)

وورثه كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيها اذا اقر بنسب كبير طافل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين
بناء على ثبوت نسبه فيخرج منها مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان اقر الورثة على موروثهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان اقر بعضهم لزمه
بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا اقر الوارث بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف نطه ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو
اقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً
مغلساً فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله
ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حتى يظهر مال له لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا ، فان ماد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لانه يدعيه ولا منازع له فيه ، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به .
 لغيره (١) وان كان معدوماً تلقى أو ابقى ونحوه بغير تمدن من أحدهما فلا شيء فيه من يمين ولا غيرهما وإن كان بعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فإذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلقه بتعديه ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلقه بتعدي منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر
 التفصيل زيادة من
 بعض النسخ

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أقر بشرة درام ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صفاراً أو الى شرر كانت عشرة جياتاً وافية حالة)

وجعلته أن من أقر بدرام وأطلق اقتضى إقراره الدرهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دنانق واقضى أن تكون جياتاً حالة كما لو باعه بشرة دراهم وأطلق قائماً تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك ، فان عاد فقال زيوفاً - يعني رديئة - أو صفاراً وهي الدرهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمزة الجاني فان كان الوارث واحداً فخكه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من اموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه ، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وابو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوله وقال اصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قولي الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتماق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان فاصباً فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجنبي

ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية و اقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادة بالدين مع غيره تقبل ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه فمما كان عليه دين بينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المهر

كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرقمه بكلام منفصل فلم يقبل كالاكتفاء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غضباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والوديعة لانه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به معيماً

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق البعد فان العيب لا يمنع إطلاق اسم البعد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للتفسي أو اعترضته سلمة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي درام قضيت إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة درام ناقصة قبل قوله وإن قال صاراً وللناس درام صار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم درام صار لزمه وازنة كما لو قال درهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرهم يبررها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك قيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن أقر بحمل امرأة صح فإن القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحي وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والانثى ذكره ابن حامد) إذا أقر لحمل امرأة بمال ونزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قول الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين وإن عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وإن ولدت حياً وميتاً فالكل للحي لانه لا يخلو اما أن يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للبيت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بشيرهما، فإن وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الاقرار كاف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وإن عزا الاقرار الى جهة غيره صحيحة فقال لهذا الحمل على الف أقرضتها أو وديعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له الف لا يلزمي، وإن قال له علي الف جلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار للحمل الا اذا ثبت أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وإن أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بئتك بشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقيدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بحقه ان الدرام تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي التسمية المطهرة بحد باب الاقرار بها على صفها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال ان قوله صاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدرام لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير انصر، فاما ان قال زيوفاً وفسرها بمنشوشة أو معيبة عياً ينقصها قبل تفسيره وان فسرها بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم اربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم اربعة دوانيق ونصفاً ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، وفي بلد دراهمهم منشوشة كعصر والموصل ففيه وجهان (اولهما) يلزمه من دراهم البلد ودقائره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدكم كما في البيم والامان (والثاني) تزامنه الوازنة الحاصلة من النش لان اطلاق الدرام في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب

أو مضمّن أو طريق وعزاه إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل إقراره بقي كانه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه باقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كاللأ الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر قاعداه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً إلى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقبها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفأ فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعيت لان هذه الالفاظ وضعت لتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وان

في الحال فاختص بدرام للموضع الذي هافيه والاقرار إخبار عن حق سابق فالصرف الى درام الاسلام (فصل) وإن أقر بدرام وأطلق ثم فسرهابسكة البلد الذي أقرها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف اليه وإن فسرهابسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقرعلى نفسه بما هوأغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لايتهم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لايقبل لأن إطلاقها يقتضي درام البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كالا يقبل في البيع ولائها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالتاقصة وزنا ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسر به وفارق التاقصة لأن إطلاق الشرع الدرهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من درام الاسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كالم قال درهم لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذالك الوادي أهم ولم أقل * بذالك الوادي وذالك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك ألف؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (أأنت بر بكم؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز أن يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو أفتح كك لم يكن مقراً) إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لأنه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا أنكر لأنه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محققاً لم يكن اقراراً كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقراً لأن هذه اللفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو أفتح كك لأنه يحتمل خذ الجواب أو اتزن أو أفتح كك شيء آخر

(مسئلة) (وان قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح قبل يكون مقراً؟ محتمل وجيبين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لأن ذلك عقيب الدعوى فيصرف اليها وكذلك ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقرتم واخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل أن لا يكون مقراً لأنه محتمل أن يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عددا لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدرهم يقتضي وازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن حكاه حكماؤنا أقرها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مفعوشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كالأول قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا هنا، فإن وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك لأنه لا يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرين كان تأكيداً لما ذكرنا وإن وصفه في إحدى المرين بتبر ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أيضاً ثم قال درهم أسود فها درهمان لانهما متايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

أن يريد أن يقر بالشهادة أو بطلان دعواه، وإن قال بخنثها أو أقرضها أو أحرزها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً لا يمتثل وجيب فيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز أن يسلط ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره بخنثها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف إن شاء الله أو في علمي أو فيها أعلم أو قال اقضني ديني عليك ألفاً أو سلم إلي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال لم فقد أقر بها)

إذا قال لك علي ألف إن شاء الله كان مقراً نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لان تعليق اقراره على شرط فلم يصح كالأول على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا يسيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرضه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي ألف الا ألفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي ألف إن شئت وإن شاء في مشيئة الله وإن قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع، وإن قال له علي ألف إن شئت وإن شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرضه فصح الاقرار دون ما يرضه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة. ولأن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولأنه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كالمفسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو قدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله. وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأكيد الثاني ويأنه أنه يقبل وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة لأن الواو للعطف والمطف يقتضي المغيرة فوجب أن يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الأول والقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم ثم درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأكيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاستعراب لأنه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لأنه لا يقبل رجوعه عما قرره ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولأنه إنما نفي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولأنه علقة على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف إن شهد به فلان وذلك لأن الأقرار أخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويقارن التعليق على مشيئة الله تعالى فإن مشيئة الله تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتقويضاً إلى الله تعالى كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر فلا يمكن وقوف الأمر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بوقوع الأمر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حل الأمر هنا على المستقبل فيكون لا أقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعتك إن شاء الله أو زوجتك إن شاء الله فقال أبو اسحاق بن شاذلان لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا التكاح فقال نعم إن شاء الله أن التكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبل صح لأن هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فإن الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لأنه تصديق لما أدامه وإن قال سلم إلي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وإن قال اشتر عبي هذا أو قال أعطني عبي هذا فقال نعم كان أقراراً لما ذكرنا

قاسبه ما لو قال له علي درهم بل اكثر فانه لا يلزمه اكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم اولكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته انت طالق لا بل انت طالق انها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه اقر بدرهم مرتين فلم يلزمه اكثر من درهم كالمو اقر بدرهم ثم انكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فعي في معنى بل الا ان الصحيح انها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذ كر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداود لان ما بعد الاضراب يبار ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجبا جميعا كما لو قال له علي درهم ودرهم ولا نالو لم نوجب عليه الادومها جعلنا كلامه لقوا وأضربا به عنه غير مفيد والاصل في كلام الماقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف علمناه لان الاول لا يمكن أن يكون الثاني ولا بضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملتين أقر باحدهما ثم رجع الى الأخرى لزمناه، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد وقناه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا بصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فلي وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فلي وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رقه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينها لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه

له بخلاف الاستثناء فانه لا ينفي شيئا أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة
الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده
درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم
أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم
في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا
اللفظ يجري مجرى المطفف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر أنه
اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس المقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا
تحتة فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه
درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص
ولنا أن حمل كلامه على معنى المطفف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة فالدراهم المقر به وجب أن
يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار
أو بعده أو قفيز حنطة أو مئة أو فوقه أو تحته أو مع ذلك قال قول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالثاني قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون
ثابتا في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالمعجية أو المعجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت قال قول له مع
يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

﴿باب الحكم فيما اذا وصل به قراره ما يميزه﴾

إذا وصل باقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي الف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو
الف من ثمن خمر أو تكفلت به علي أنني بالخيار لزمته الالف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب
وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي الف زيوف وفسره برصاص
أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء
اقراره الى سببه قبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي الف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي الف لا تلزمني أو
قول درهم جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت الف عليه في
هذه المواضع لا يتصور واقراره اخبار بثبوته فتناقيا وان سلم ثبوت الالف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا ابتداء القاية وأول القاية منها والى لا انتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم آمموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كاتي قباه (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن يزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الغنى ونجيب الزكاة ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة أكثر مما وهما وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا سائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى
(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا ما كان حداً لله تعالى يدرك بالشبهات ويخطأ لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرك بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيت أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الحرقي ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (أحدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه اليانة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالذهيين، ووجه قول الحرقي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره، فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهمن مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال اللفظ لما فيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهمن في عشرة لم يزمه درهمان لانه يحتمل ما يقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احداً ثقتين في الآخرة لا يصح وان كذبه قال قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما قر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق قال مقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فاقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كيس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في جراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق فقيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف ودون الظرف هذا اختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء .

(فصل) فان قال كان له علي ألف وقضيت منه خمسمائة فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قال وقضيت وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء . لان الحسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها ما يدعيه ويحتمل ما علي فلا يثبت عليه شيء . بكلام محتمل ومحجي . على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه المحسوس التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة

(فصل) فان قال كان له علي ألف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء . وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال إنما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا أنه اقر بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه بقي على ما كان عليه، ولهذا لو تازع اقراراً فأقر أحدهما لآخرهما كانت ملكة حكم بها له الا انه ههنا ان عاد قاضي القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لاتتافي بين الاقرار وبين ما يدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي ألف وقضيت اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف المقر فلم يلزمه ،
(والثاني) يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار وبصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال
له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون
ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال النصب صار كما أنه قال غصبت ثوباً ومنديلاً

ولنا أنه يحتمل أن يكون المنديل للناصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوباً في منديل لي ولو
قال: هذا لم يكن مقراً بنصبه فإذا أطلق كان محتملاً له فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في
اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر ، أو قراب
فيه سكين فلي وجبهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بنفسه وجهاً
واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم
وأطلق لزمه الخاتم بنفسه لأن اسم الخاتم مجمعها وإن قال: له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً
وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته
ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن أبي موسى إن قال
قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه الالف الذي أقر به وله اليمين على المقر له وأما لو قال قضيت
بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا
قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاء فإن كونه عليه يقتضي بقاء
في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضائه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا ضدان لا
يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن
أن يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء
ألف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى
منه فقوله الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعائة وخمسين عاماً أما القضاء
فإنما يرفع جزءاً ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف عطائه فإن ذلك كلام
العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة يسرجها أو دار بفرشها أو سفينة بطعامها كان مقراً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو اما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لاجبيهما، وإن قال : له علي إمدارهم وإمدارهم كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناءه باطلاً)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن السكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من العاوين) فاستثنى في موضع العاوين من العباد وفي موضع العباد من العاوين وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابتوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

والله أعلم بكفر عنه خطاياها كلها إلا الدين» وذلك في كلام العرب كثير فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) اخبار بتسعة وخمسين فالاستثناء بين ان الحسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة (فصل) فاما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من العاوين) وأيهما كان الاكثر فقد دل على استثناء الاكثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابتوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل

ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الأكثر تخصيصه والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع بهما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فلما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل ، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين ، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومته لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من أتبعك من الفاوين) أي لكن من أتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال التحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلما بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوما ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوما ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، وأما ما احتجوا به من التنزيل فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مأم) وفي الآية الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومته لم يستثن منه شيء فيكون قوله (إلا من أتبعك من الفاوين) أي لكن من أتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك ، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لأتباعه (وما كان لي عليكم من سلطان الا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة وأما البيت فقال ابن فضال التحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل ، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ووقفه في الأكثر وقبحه فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لتخصيصه بالأبطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثناءها من سبعة بقي أربعة مستثناء من عشر بقي منها ستة وان قال : له علي ثمانية إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بستة ، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقرر بستة ، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال : له علي ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل واستعملته ووقفه في الأكثر وقبحه فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرقي لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسألة) (فإذا قال له علي هؤلاء العبيد عشرة إلا واحداً لزمه تسليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يبينه صح لان الاقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وان عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له .

(مسألة) (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل ؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وانما نذكر تسليم المقر

كلاهما لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول يبطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما يبطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويحيى على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال ابو الحسن النسيبي وأبو الخطاب يكون الالف مبها يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فتنى علم أحد الطرفين علم أن الآخر

به تلفه لا معنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلقت بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير متهم لان المقرر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء . وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقرر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقرر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يستل عن المستثنى منه فإن فسر به بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وإن قال : له علي تسعة وتسعون درهما فجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وإن قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الحصين أنه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث إن رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عترة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية التراب الاسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لأنها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لا يجمل الجمل من جنس انفسر أو قال : بتك هذا مائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضيف لا يعول عليه .

(مسئلة) (وإن قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لأن الأول استثناء فلا يدخل البيت في إقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما يتأوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) (وإن قال له علي درهما وثلاثة إلا درهمين فهل يصح على وجهين؟)

(أحدهما) يصح لأن الاستثناء يعود إلى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لأنه يعود إلى أقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) (وإن قال له علي درهم ودرهم إلا درهما أو ثلاثة ودرهمين إلا ثلاثة ونصف إلا نصفاً أو إلا درهما أو خمسة وتسعون إلا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين وتعمل الجملتين كالجمل الواحدة وعندنا أن الاستثناء إذا تمقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد إلى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا) أن الاستثناء عاد إلى الجملتين فإذا تاب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته

(فصل) وإن قال : له علي ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز حنطة فالجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال اشمسي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الجمل اليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يترفعن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له وإن عطف مذكوراً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. ولنا أن العرب تكلفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهماً مع مفسر لم يعم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً بحقه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشراً) فإنه استع أن يكون العشر أشهراً لو جهين (أحدهما) أن العشر بغيرها عدد المؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تدبئ بها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلى تفسيراً لجميع

الأبانه قال شيخنا والاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع أحدهما جميعاً ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجمل إحدى الجملتين مع الاستثناء لنوا لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فظهر قوله للبواب من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً إلا فلاناً ونظير مستثنى ما لو قال أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً

(مسئلة) وإن قال له علي خمسة الدراهم ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين

لأنه استثنى أكثر من التصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فإذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافاً اليه فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة ولا درهماً كان مستثنياً الخمسة مقرأً بخمسة فإن كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (أنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنما لنجوم) أجمعين إلا امرأته قدرنا أنها من الفارين) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نفيًا والثاني اثباتاً فإن استثنى استثناء ثالثاً كان نفيًا يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك عبارة الكلام المقرر عن الالباس والاهام وصرفناه إلى البيان والافهام، وقول أعجاب أبي خنيفة أن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على الإيجاب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فامان لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كالأول قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسألة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قرله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر أقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لأنهم فيه اختلاف بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فسد ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردّها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغظ وإن قال له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمها ولم يقبل قوله وهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الأقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الأقرار وبجمله

قال له سبعة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم بقي منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقرأً بخمسة

(مسألة) (وإن قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمن إلا درهما لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو ألاك أكثر سقط أن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعملناه فاستعملنا الاستثناء الأول لوصله بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فإن عشرة إلا درهما عبارة عن تسعة فإذا قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهمن لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الإثبات بقي ومن النفي إثبات فصح استثناء الخمسة وهو بقي فني خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي إثبات فمادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي بقي فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لأنه مكسوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويبطل الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنتين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة إذا صححنا الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة إلا خمسة بقي خمسة فإذا قال إلا ثلاثة مادت ثمانية لأنها إثبات فإذا قال إلا درهمن كانت بقي ستة فإذا استثنى درهما كان مثنياً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف فإذا قال إلا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي يقبل قوله لأن أحد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أوردتها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتى قبلها

(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وحجة ذلك أنه إذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولأن حروف الصفات تختلف بعضها بعضاً فيجوز أن يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى أخبراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا إن علي لا يجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما علي فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وإن جاز التمييز بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فإن كان له أخوة فلائمه السدين) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت قبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانهما نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل اثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لأنه نصف.

(فصل) فإن قال له علي ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمن بطل الاستثناء كله لأن الاستثناء لدرهمن من الثلاثة استثناء الأكثر وهو موقوف عليه فبطل فإذا بطل الثاني بطل الأول لأنه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الأول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الاقرار لأنه فرع (الثاني) يصح ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لأنه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمن لأنه استثناء لاكثر واستثناء الأكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وإن قال ثلاثة إلا إلا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله، ويحيى على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها

(مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة إن استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز وإن استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيلاً أو موزوناً لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لأنه ورد في الكتاب العزيز ولفه العرب قال الله تعالى (وإذا قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فحذفت المضاف وأقيمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولي قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً وأقيمت اللام مقام على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الإقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال لك علي ألف ثم قال كان وديعة فقلت لم يقبل قوله لأنه متناقض وقد سبق نحوم هذا

(فصل) إن قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غير ها وهي دين عليك فقول الحرفي يقتضي أن القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لقول المقر مع يمينه والشافعي قولان كالوجهين وتعليقها ما تقدم وإن كان قال في إقراره لك علي مائة في ذمتي فإن القاضي وافق هنا في أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لأنه لا يتم في ذمتي أدائها ولا يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا أصحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما أن وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وإن قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لأنهم أقدموا على ضمانها فكون ديناً وإن قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لأنها نصير بذلك ديناً وإن قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا نصير بالشرط مضمونة، وإن قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكماً بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في انفاسد، وإن قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا قال تقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا البعير وإلا العيس

وقال آخر: أعيت جواباً وما بالربع من أحد إلا أوارى لا يأمأ أيها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قواء ثبت فلا ما عن رأيه إذا صرفته عن رأيي كان عازماً عليه وثبت عنان دأبي إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بشاغل في الكلام فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك والاهتمام بمعنى لكن هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكام عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد التخي ولا يأتي بعد الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة إذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار لأنه أثبت المقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكر بعده جملة كأنه قال له عندي مائة درهم إلا نوباً لي عليه فيكون مقرأً لشيء مدعياً لشيء سواء فيقبل إقراره وتبطل دعواه

(فصل) فان قال له في هذا البعد ألف أوله من هذا البعد ألف طوب بالبيان فان قال قد عني الثاني ثمنه كان قرصاً، وان قال قد في ثمنه ألفا قلناين كم ثمن البعد وكيف كان الشراء فان قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف البعد وان قال وزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يمين وقد يمين، وان قال اشتريناه بإيجابين قيل فكم اشتري منه فان قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه يبيع وصرف إليه من ثمنه ألف وان أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن البعد لم يلزمه قبوله لان الموصى له يمين حقه في ثمنه ، وان فسر ذلك بألف من جناية جناها البعد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله يبيع البعد ودفع الألف من ثمنه، وان قال أردت أنه رهن عنده بألف فبها وجهان (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وان قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل اقراره لان ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لا اختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم

كما لو ضرح بذلك بغير لفظ الاستثناء ، واما قوله تعالى (فسجدوا الا ابليس) فان ابليس كان من الملائكة بدليل ان الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا طاعياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (مامنك أن لا تسجد إذا أمرت) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله وأحبطه ودحره ولا يأمر الله بالسجود الا الملائكة، فان قالوا بل قد تناول الامر الملائكة ومن كان معهم قد دخل ابليس في الامر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فانه متى كان ابليس داخلاً في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثناه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الا توباً لزمته المائة لان الاستثناء باطل على ما بينا (مسئلة) (الا ان يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح)

ذكره الحرقى وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الا ديناراً فهل يصح ؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر الى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحرقى صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر ويمبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسون ثمانية دنانيراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التمييز بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كل معناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسومهم وقولوا لهم قولا معروفا (وقال سبحانه في النساء (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا ونقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فاقرار جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أو له نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال ألف صح وان قال له في ميراث أبي ألف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقاد أردت هبة قبل منه ولا نه اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاء ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فعناء ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا البند شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقرا بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاقضى ذلك التسوية بينهم كذا هنا

على وجه صحيح لم يجز التأوه وقد أمكن بهذا الطريق فرجيب تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين الدين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتقى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقيا لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول وبخالف المين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ومحتمل على قول الحرفي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا قال له علي ألف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه ان يكلام فيه ثم قال زبوقا أو صفاراً أو الى شهر لزمه ألف جياذ وافية حالة)

وجهة ذلك أن من أقر بدارهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذا حالة كما لو باعه بشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالتصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون التصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة ينتا

(فصل في الاقرار بالمجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه وبفارق الدعوى حيث لا يصح مجهولة لكون الدعوى له والاقرار عليه فله ما عليه مع الجمالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فالزمناه إياه مع الجمالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقرئ وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن ينت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا أن ينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقرء ووجه الاول أنه ممنوع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادماه فشكل المقر فهو على ما ذكرناه وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فإن ماد فقال زيوفاً أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لأنه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في النصب والوديعة لأنه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به نعيماً

ولنا أن اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحيادة فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين وبفارق العبد فإن العبد لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسألة) (إلا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لأن مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من النش لأن اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل أن بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص ، وفارق البيع فإنه إيجاب في الحال فاخصم بدراهم الموضع الذي هما فيه والاقرار أخبار عن حق سابق فانصرف إلى درهم الاسلام

لأن الحق ثبت على موروثهم فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يختلف الميث ركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتناول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل إقراره وإن فسره بما لا يتناول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك أن فسره بما ليس بمال في الشرع كالخمر والخنزير والميتة لم يقبل وإن فسره بكلم لا يجوز اقتناؤه فكذلك وإن فسره بكلم يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لأن الأقرار لإخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحجة خنطة أو شمر ونحوها لم يقبل لأن هذا لا يتناول عادة على أفرادهم وإن فسره بمجد قذف قبل لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والاول أصح لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وإن فسره بحق شفعة قبل لأنه حق واجب ويؤول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يستقط بفوائده فلا يثبت في الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقاً علي رد سلامه إذا سلم وتسميته إذا عطس للماروي في الخبر «للمسلم على المسلم ثلاثون حقاً: رد سلامه وبشمت عطسته وبحبيب دعوته» وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لأن اسم النصب يقع عليه، وإن قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسر بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت منها لأنه لا يهتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق النقصه فإن في الشرع الدراهم لا تتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف إلى شهر لزمه مؤجلاً ويحتمل أن يلزمه حالا) إذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذا إن سكت لنفسه أو اعترضه سلعة ونحو ذلك ويحتمل أن تلزمه حالة ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته إياها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف زيف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وإن فسره بمشوشة قبل وكذلك أن فسرها بمعية عيا ينقصها قبل لأنه صادق وإن فسرها برصاص أو نحاس أو مالا

النصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بنير المكيل والموزن لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزن ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فنصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بما لا يقبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بنير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهرأ لقول الله تعالى (أن تبنتوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التحصيل وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حاجة لهم فيها ، يرد قولهم قوله تعالى (أن تبنتوا بأموالكم) والزواج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد على وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقا عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بهارجوا عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(مسئلة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال اصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي اذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صفار ولاناس دراهم صفار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاسم من اصحاب الشافعي

ولنا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدرهم يبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك قيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعتك بشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقيدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل، يحققه ان الدرهم ثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بنير ما هو الواجب عليه فيفسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صفار يصرف الى

من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنتان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلوه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يثبت في ذلك حدير رجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قرناه .

(نصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان فقصره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وقصر الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في إلا أكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الزمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لحجته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقل بذيالك الوادي وذيك من زهد

ولكن إذا ما حبشي تولت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وأزنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوزن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما كأن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة قال قول المالك) لأن العين تثبت بالاقرار له وإن ادعى المقر ديناً لا يعترف به المقر له ما لقول قول المالك ولأنه أقر بمال لفيرده وادعى أن له به مطلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرها أو أقر له

عليه أكثر منه ، وإن فسر به بأقل من ماله مع علمه بما له لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو وجهه أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لأنه يحتمل أنه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لأن لفظة أكثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوماً أو حب خنطة أو شعر أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا - وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمل حياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار ، واحتمال ما ذكرناه أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيرها بها فلا يعمل على هذا

(فصل) ولو قال : له علي ألف الاشياء قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك إن قال الاقلية لأنه مبهم فأشبهه قوله الاشياء وإن قال له علي معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أكثر من نصف الألف ويختلف على الزيادة إن ادعت عليه .

بشوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله إلا بيينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بيينة

(مسألة) (وإن قال له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدهما) القول قول المقر لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعاً فأشبهه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي ألف ثم سكت ثم قال مؤجل

(مسألة) (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لأنهم فيه بين أهل العلم اختلافاً سواء فسرهم بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظة بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك ثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وإن فسرهم بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المرود والتالف ليسا عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً ، وقال القاضي يقبل قوله إلا أن أحد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.
(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا
فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يحل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم
بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجذر
فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه
(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض التحويين
هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول نجاة الكوفة (الرابع) أن
يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجذر للوقف وهذا
مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا أن
كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجذر والوقف .
(المسئلة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء
لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولأنه إذا قاله بالجذر احتمل أن يكون
قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا
كذا كذا لأنه محتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه .

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد
هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وان قال له علي ألف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وان ادعى بهذا تلفه لم يقبل قوله)
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بهذا تلفها
قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها ووردها فإذا قال له علي ألف
وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي ألف وديعة لأن حروف
الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام
أنه قال (ولم علي ذنب) أي عندي

ولنا أن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له
والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف
إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي دراهم
لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله السدس)
ومواضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل
منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أقت الام مقام علي كقوله
تعالى (وان أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبيل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزومه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منها درهما فصار كأنه قال هما درهم ، وان قال درهما بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل اقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهما وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليبه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ايهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي ، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزومه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزومه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزومه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك ، وان قال كذا درهم الجذر لزومه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد ، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بها أحد عشر درهما ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه . فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً

بالتاقصة والزائفة وللؤجلة ، وأما اذا قال لك علي الف ثم قال كانت ودية فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحوه هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي ودية كانت لك عندي فقال المقر له هذه ودية والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك قالقول قول المقر له على مقتضى قول الحرقى وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع عينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقهما ما تقدم ، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي هنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الودية عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده ودية تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة ودية قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة ودية ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزومه ضمانها لانه قد تعدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الودية لا تصير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم طارية لزومه وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة الطارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في المقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أو عندي مائة فلم

لا أكثر من المذكور فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب إحدى عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متاولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبتك لم يلزمه شيء لأنه قد ينصبه نفسه وبغته في غير المال وإن قال غصبتك شيئاً وفسره بنصب نفسه لم يقبل لأنه جعل له مفعولين فجعله المفعول الأول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الأول ، وإن فسره بما قبل وإن قل وإن فسره بكلب أو جلد ميتة أو مرجح ينفع به قبل لأنه قد يقره فيأخذه منه وإن فسره بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بنصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لأن الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة كان القول قول المالك)

أما قدم قول المالك لأن العين مثبت له بالاقرار وادعى المقر دينا لا يعترف له به والقول قول المنكر ولأنه أقر بما لتيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقا فلا يقبل قوله إلا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

أقبضها أو أقرضني مائة فلم يأخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال قد ندي مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وإن قال له في هذا العبد ألف أوله من هذا العبد ألف طولب بالبيان فإن قال نقد عني ألفاً في ثمنه كان قرضاً وإن قال نقد في ثمنه ألفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وإن قال وزنت ألفاً الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يمين وقد يمين وإن قال اشتريته بإيجابين قيل له فكيف اشتريته ؟ فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وإن قال وصي له بألف من ثمنه يبيع وصرف إليه من ثمنه ألف فإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصي له بتعين حقه في ثمنه وإن فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وإن قال أردت أنه رهن عنده بألف فلي وجين (أحدها) لا يقبل لأن حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

(مسئلة) (وإن قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه إليه) لأنه أقر له بالمالك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك ودية أوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنه أقرب بحق في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكته بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل ودية لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لأن المتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لأن إقراره يتعلق بالمبيع والأصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لأنه قد اقرأه بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل (فصل) وإذا قال بعتك جاريته هذه قال بل زوجها فلا يخلو أما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

(مسئلة) (وان قال له من مالي أو في مالي أو في مبرائي من أبي الف أو نصف داري هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقيضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو ودية أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره وليس هو لغيره

ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز أن يضيف إليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لا زواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته فإن قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل، وإن امتنع من تقيضها لم يجبر عليه لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف داري هذه أوله من داري نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية، هنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز إلا أن يقول وهبته وإن قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فأقرأه جائز فظاهر هذا صحة الإقرار فإن قال له في هذا المال نصفه فأقرأه جائز وإن قال له في هذا المال نصفه أو له

(الجزء الخامس) (٤١) (المنفى والشرح الكبير)

ولا ترد الى البائع لاتفاقها على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبائع يقر أنها صارت أم ولد ولولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب اليه ملكة بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى البائع لاقراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يحمل على البائع يميناً لانه لا يرى العيب في انكار النكاح، وثقة الولد على أبيه لانه حر وثقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي فقمتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا ازلنا عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاء، فان مات وترك مالاً فالبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركها للمشتري والمشتري مقر لبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وان كان كاذباً فهي ما تركها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان مات بعد الوطء فقد مات حرة فبرائتها ولولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فبرائتها موقوف لأن أحداً لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وليس ميراثاً له لانه قد مات قبلها، وان كان اختلفا قبل الاستيلاء فندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقها

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الفصح ، وان قال في ميراثي من أبي الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فغناه ماورثته وانتقل إلى فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف اليه جزءاً فالظاهر أنه جعل له جزءاً في ماله

(مسألة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسألة) (وان قال نصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسألة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقراره بذلك

(مسألة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر قبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المفتي روايتين (احداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة وعبد لان دهواء تكذيب لاقراره فلا تسم كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع ينة لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لان المادّة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار البينة من وجهين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولا ترد الى السيد لا تقاها على تحريمها عليه
وللبائع أقل الامرين من الثمن أو المهر لا تقاها على استحقاقه لذلك ، والامر في الباطن على ذلك فان
السيد ان كان صادقا قلامة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهو يستحقه ثمنا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهراً وقال القاضي بخلاف الزوج
أنه ما اشتراها لانه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد الى اليمين على نفي الزوجية لانه لا يستحق
فيه وعند الشافعي يتحالفان مآ ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد
لا يدعيه وترد الجارية الى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهاً (أحدها) رجع اليه فيملكها ظاهر او باطناً كما يرجع
البائع في السلعة عند فسخ المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تضرر فيحتاج السيد أن يقول فسخت
البيع وتعود اليه ملكاً (والثاني) رجع اليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع
امكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذه وان زاد فالزيادة
لا يدعيها أحد لان المشتري يقربها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تقر في يد المشتري
أو ترجع الى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهت اياها بل زوجته لم
يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر
وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدها) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانها تكون
شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لما وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر
القاضي في الجرد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه الفأ وقبضها أو قال له علي الف ثم
قال ما كنت قبضتها وإنما أقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولانه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على
قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) (وان باع شيئاً ثم أقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري)

لانه يقر على غيره ولا ينسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لانه فوته عليه بالبيع
وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان انما

يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بينة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت
من ملكي أو نحوه لم تسمع بينته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو طارية كال اقراراً بما أبدل به كلامه ولم يكن لإقراره بالدار

لانه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كما لو أقر بحملة واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهاً
أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء انما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا عتقانه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له بركه وفي حق المشتري استنفاذاً واستخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لا قراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعها إلى الزوج عوضاً ليخلها صبح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقته إلا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجهم أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجح أن كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لا قراره بطلان البيع وإن كان الراجح المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا ما فيحتمل أن يوقف حتى يسطلحا عليه لأنه لاحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف وبأخذه لأنه منكروا أن يرجع واحد منهما فقيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك (فصل) ولو أقر رجل بعبد أو غيره ثم جاءه به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء قال رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه، وقال تعالى أخبراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما إنساني إلا الشيطان إن أذكركه) أي إنساني ذكره وإن قال له هذه الدار ثلثها أو ربها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه أولاء وبفارقة في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز أبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيم للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه أياها وإن يمود فيها أعاره والله أعلم

(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتني فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقرراً لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حليها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبايع يقر أنها صارت أم ولد لها حر وإنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لا قرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على بقي الآخر

مسئلة (١) قال (ولو مات خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل

الذي في يديه لمن أقر له به)

وجه ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لها في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المفردون النكر ولا يمكن إثباته في حقهما لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً لانه لم يثبت نفسه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم بطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم بطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك وبجي بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثمان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ مالا يستحقه من التركة فصار كالنصيب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بغيره ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الأصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها ويسقط عنه الثمن الا قدر المهر فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه وإن اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى اليقين في انكار النكاح، ونفقة الولد على أبيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه أما زوج وإما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فإن كان فيه فضل فهي موقوفة لاتنا ازلنا عنها ملك السيد وابتدنا لها حكم الاستيلاء فإن ماتت وتركته مالا فلبائتم قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركته المشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وإن كان كاذبا فهي ملكه وتركته كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرة وميراثها لولدها وورثتها فإن لم يكن لها وارث فميراثها موقوف لان أحدا لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وميراثها ليس له لانه قدماء قبلها وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاء فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه اسماءها وإعما اختلافهما في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على محرمتها عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فإن السيد ان كان صادقا فالامة حلال

بيض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب ثلث الحق ياقبها والذي في بدالتكرار: صوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم أثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشركيين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لكونه يجر بها نقماً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وقارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنتان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيها إذا كان المقر صادقاً فيها بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشار إليهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الواو يقيم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبناته ودمويه والإيمان اتى له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفق عليه أن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهرأ وقال القاضي بحلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على قبي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لأن اليمين ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع إليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في السلعة عند فليس المشتري بالثمن لأن الثمن منها قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكاً . (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم وبوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه أو دونه أخذه وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقرر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، وإن رجع البائع فقال صدق خصمي ما بنته أياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ، إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولداها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن .

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد فبغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا عتراه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد أو صاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمة وأقبضه فانه ابنه ، فقال عبد بن زمة أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة وللماهر الجبر » ففضى به لعبد بن زمة وقال « احتجني منه يا سودة » والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه العدالة ولا المعدلة ويبطل بالاقرار بالدين (فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو إما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولده اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لمن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره فمارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذا فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعا إلى الزوج عوضاً ليخلفها صح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالإل له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع أن كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في قبي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا مئاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لأحدهما ولا تعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويحلف لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما فقيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجح المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع لفيه وإن قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على قبي الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو عاد فجحد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهم لم يثبت النسب بإقرارهما لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويحمل الباقي لبيت المال، ولم يعم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانها يأخذان المال كله، واذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبر فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو غافلاً لدين ، وورثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شريك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابن من عمرو او غصبت من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو

اذا قال غصبت هذا العبد من زيد لابن من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويغرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو نفق بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر قال ثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

(مسئلة) (وان قال ملكه لعمرو وغصبت من زيد فهي كالمسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على ماضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبت من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً .
 (فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والمجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب باقراره لانه لا يحوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق المجنون فأقر به أيضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالعين عاقلين فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبهه مالواقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكه في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكه غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواء أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منها وجها واحدا لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالوروث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابنا فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالجهول فصح للمجهول ثم يطالب بالبيان فان عين أحدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاء ولا يقر له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذبا فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أقرعنا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسلت اليه ، وان بين انفاصب بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منها انه لم ينصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تمينه وان نكل عن اليمين لما جيماً فسلت الى أحدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كما لو ادعاهما وحده

(فصل) وان كان في يده عبدان فقال احد هذين لزيد طوب بالبيان فاذا عين أحدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الآخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين ، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في يده المال لانه لا مالك له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه ، فان ابى التمين فضنه المقر له وقال هذا عبدي طوب بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تمينه للآخر وان نكل عن اليمين

(المفني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء الخامس)

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ اقربان للميت وأخ من أب أقر باخ من أبوين وأب ابن أقر بابن للميت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن سريج، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه فسقط بياحه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيبطل إقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى إسقاط نسبه وتوريثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو يرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لانتفاء ما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الإرث لا ينجم صحته بدليل أن الابن إذا أقر باخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراره من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله هنا فإنه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وإن أقر له فهو كتمينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لأبيل لعمرى أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمرى، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

(مسألة) (وإن أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه ألفان كما لو قال له علي ألف وألف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وأصلاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا هنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا

(مسألة) (وإن أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان)

وكذلك إن قال ألف درهم سود وألف درهم بيض لأن الصفة اختلفت فهما متبايران

(مسألة) (وإن ادعى رجلان داراً في يد غيرها شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لتافعال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط به ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط به ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وأما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي ثبت به (فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت الى

وجهة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكهما بسبب يوجب الاشتراك مثل ان يقولوا ورتناها وابتناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لما جميعاً لأنهما اعترفا ان الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يترقا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة ثبنت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعاً أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يترف له به . فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) يزعه الحاكم حتى يثبت مدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لملكه (والثالث) يدمم الى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

إنكار المنكر منها سواء نجا حداً معاً أو جحد أحدهما صاحبه لانتنا نعلم كذبهما فأنهما لا يفترقان ولو أقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لأنهما لا يفترقا في النسب، وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو أقرد ويحتمل أن لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم تقل لأنه مقر به

(فصل) إذا خلف امرأة وأخاً فأقرت المرأة بأبن للبيت وأنكر الأخ لم يثبت نسبه ودفعت إليه من الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وإن أقر به الأخ وحده لم يثبت نسبه ودفع إليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بامرأة لايه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع إليها نصف من الميراث ولاصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لأن الزوجية زالت بالموت وأما المقر به حقها من الميراث ولم وجه آخر لا شيء لها، وإن كان للبيت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لأن الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف أخاً من أب وأخاً من أم فيقر الأخ من الأم بأخ للبيت فلا شيء للمقر به سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب وأم أم لأن ميراثه في يد غير المقر، وإن أقر بأخوين من أم دفع إليهما ثلث ما في يده

(مسئلة) (وإن قال في مرض موته هذا الألف لقطة فتصدقوا به يلزم الورثة الصدقة بثلثه)

قال أبو الخطاب إذا لم يكن له مال غيره لأنه جميع ماله والأمر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لأن أمره بالصدقة به يدل على تعديفه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك أقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا مات رجل وخلف مائة فأدعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للأب، ويغرمها للثاني)

وجه ذلك أنه إذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه أو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين منكر الذي أقر له به بإقراره لغيره فلو غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وإن أقر بها لهما معاً فهي بينهما) تتساويهما في الدعوى والاقرار لهما

لانه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين وكذلك ان شهدا على اقرار الميت به وان كانا متهمين كاخوين من أم يشهدان بأخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم يقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا بأخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم يقبل شهادتهما لان ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فان لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وان أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث وتم وارث غيرهما لم يثبت النسب الا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما يئنه. ولنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وقارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والاقرار بخلافه

(فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثته وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ارثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وان أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وان نكل قضى عليه بالنكول) لان النكول كالافرار ولو أقر لزمه الترم فكذلك اذا نكل عن العين

(مسئلة) (وان ادعى رجل على الميت مائة دينار فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فان كان في مجلس واحد فهي بينهما وان كان في مجلسين فهي للاول ولا شيء للثاني)

وجهة ذلك ان الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتملق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فإذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الافرار واشتركا في التركة لان التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يستبر القبض فيه وامكان الفسخ فيه ولحق الزيادة في العقد فكذلك في الافرار، وان كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لانه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل اقرار الانسان على غيره وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لان الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها لقبول فكذلك الوارث ولان منعه من الافرار يفضي الى إسقاط حق الترماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه ولان من قبل اقراره اولا قبل اقراره ثانياً اذا لم تتغير حاله كالموروث .

علة نبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وما ذكره يطلل ما إذا كان المقر به حياً موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وأخافه منه على نفسه وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد ويجب أن هذا بانه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدق حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب وإذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر به إلا بعد موته ورثته لأنه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) وإذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فافر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان فيه وجهان (أحدهما) يتوارثان لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لأن النسب بينهما لم يثبت لما كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لأنه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) وإذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينة أو بالقرائن وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كإقرار الرهن بحماية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين

(مسألة) (وان خلف ابنين وماتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدق أحد الابنين وأنكر الآخر لازم المقر نصفها)

لأنه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولأنه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل إقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار

(مسألة) (الا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته وبأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وإنما يلزم المقر نصف المائة لأنه يرث نصف التركة فيأزمه نصف الدين لأنه بقدر ميراثه ولو لم يزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينة أو بإقرار الميت

أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول
أصح لانه نسب ثبت بالاقرار أشبه بنسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب محتاط لاثباته
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج
فهل يقبل اقرارها على روايتين احدهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقر به والحاقا
للعار به بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة اولسب معروف فلا بد من
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها متى كانت ذات اهل فالظاهر
انه لا تخفى عليهم ولا ضماقتي ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان
النسب محتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم
المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب محتاط لاثباته
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجة أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

مسئلة (وان خلف ابنين وعبدین متساوي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعنتق
هذا وقال الآخر بل أعنتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس البند الذي أقر بعتقه
ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعنتق هذا وقال الآخر أبي أعنتق أحدهما لا أدري من هو
منهما أقرع بينهما فان وقت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقتت على
الآخر كان حكمه كما لو عين المتق في العبد سواء)

هذه المسئلة محمولة على أن المتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لانه لو أعنتقه في صحته
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال
(أحدها) أن يبين العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجزأ عتق جميعه
فيعتق (الثاني) أن يبين كل منهما المتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل
واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك
الثلث ولانه يتفرع بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو
السدس ونصف البند الذي يشكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعنتق هذا ويقول الآخر أبي أعنتق أحدهما لا أدري من منهما فتقوم
الفرقة مقام تعيين الذي لم يبين فان وقتت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولها وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقرأ بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرأها كالمولم تكن مروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجبه

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لازوج لها ولا أقر يوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فإقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين احد م ثبت نسبه وحرية ثم يستل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان بنكاح فلي الوالد الولاء لانه قدمه رقي والام وولداها الآخران رقيق فن وان قال استولدها في ملكي فالمقرب حر الاصل لا ولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقرب به الاكبر فاخواه ابناء ام ولد حكمها حكمها في المتق يموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر فن والاصغر له حكم امه ، وان عين الأصغر فأخواه رقيق فن لانها ولستهما قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ وورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام يانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم وللولدها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فن وقت له القرعة عتق وورث وهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون له كل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه وبصير ثلث كل واحد من العبدین حرأ (الرابع) أن يقولأعتق أحدهما ولا ندري من منهما فانه يقرع بين العبدین فن وقت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجع الابن الذي جهل عين المتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل وإذا كان بعد القرعة فوافقها تعينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يطل المتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

(باب الاقرار بالمجمل)

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نسرفان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وأرثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)
وجه ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بغير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حرته إلى إقرار أبيه فورث كالأبوين في إقراره .

(فصل) وإذا كان له أمتان لكل واحدة منها ولد فقال أحد هذين ولدي من أمي نظرت فإن كان لكل واحدة منها زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لأحدهما زوج دون الأخرى أنصرف الإقرار إلى ولد الأخرى لأنه الذي يمكن إلحاقه به وإن لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطئها صارتا فراشاً ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولد بعد بوطئها وإن أمكن في أحدهما دون الأخرى أنصرف الإقرار إلى من أمكن لأنه ولده حكماً ، وإن لم يكن أقر بوطئ واحدة منهما صح إقراره وثبت حرية المقر به لأنه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه بنسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل يأنه لأن المرجح في ذلك إليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدها في ملكي قال ولد حر الأصل لا ولاء عليه وأمه أم ولد وإن قال في نكاح فلي الولد الولاء لأنه منه رق والامة قن لأنها علفت بمملوك وإن قال بوطئ شبهة قال ولد حر الأصل والامة قن لأنها علفت به في غير ملك ، وإن ادعت الأخرى أنها التي استولدها قال قول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاستيلاء فأشبهه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثته ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت أيضاً وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها أن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره

الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والإقرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يمكن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعلنا كلا يؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدق المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له إن يثبت وإلا جلتنا كلا وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا إن يثبت وإلا أحلفنا المقر له على ما بدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الأول أنه محتسب من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتعين المدعي وإدعاءه فشكل المقر فهو على ما ذكره فإن مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لأن الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة لأنهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية أن الوارث أن صدق موروثه في إقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الأول قال وعندني أن أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما إذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك إذا حلف أن لا يتلم كالوارث

(مسئلة) (وإن فسر به بحق شفعة أو مال قبل وإن قل وإن فسر به مال كفتنر جوزة أو ميتة أو

عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد ففي الامة وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يبين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت لسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان القرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت لسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لا تايقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شي لانه لا يرجي انكشافه وقال ابو حنيفة يتق من كل واحد نصفه ويستسمى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سعاتهما والكلام على قسمة الحرية والسماية يأتي في العتق ان شاء الله تعالى .

(مسئلة) قال (و كذلك ان اقر بدين على آية لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجلة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف لملكه ويتعلق ذلك بركة

خبر لم يقبل وان فسر به بكتب أو حد قذف فعلي وجهين) متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيبطل اقراره، وان فسر به بما لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسر به بما ليس بمال في الشرع كالخمر والميتة، وان فسر به بكتب لا يجوز اقتناؤه فكذلك، وان فسر به بكتب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فالإيجاب يتناوله (والثاني) لا يقبل لان الاقرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسر به بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراد، وان فسر به بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاول أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسر به برد السلام أو تسميت العاطس ونحوها لم يقبل لانه يسقط بغواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته اذا عطس لما روي في الخبر «سلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته»

(مسئلة) (وان قال تحببت منه شيئاً ثم فسر به نفسه أو ولده لم يقبل) لان النصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء لانه لا يلزمه اداء دينه اذا كان حياً مفلساً فكذلك اذا كان ميتاً وان خلف تركته تعلق الدين بها فان احب الوارث تسليماً في الدين لم يلزمه الا ذلك وان احب استخلاصها وايفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين بمنزلة الجاني، وان كان الوارث واحداً فخكه ما ذكرنا وان كانا اثنين او اكثر وثبت الدين باقرار الميت او بينة او اقرار جميع الورثة فكذلك، واذا احتار الورثة أخذوا التركة وقضاه الدين من أموالهم فلي كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فمليه الثلث وبهذا قال الثخفي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذ للمسكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما في من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وان أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وان فسر بما ليس بمال مما يتنع به قبل لان النصب يشتمل عليه كالسكب وجلد الميت لانه قد يقهره عليه، وان فسر بما لا تقع فيه أو مالا يباح الاتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بنصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزون لان غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزون ولانه ثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاخبار به والاخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) (وان قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو قليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لانه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لانه الذي يجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الميت بن سعد اتمان وسبعون لان الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا النصف فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نقماً

(فصل) اذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكها بسبب الاشتراك مثل أن يقولوا ورقاها أو ابتناها مما قافر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنها لم يعترفاً بالاشتراك فإن أقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يتصرف للأخربا النصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فنصار بمنزلة فيثبت لمن يقر له، وإن لم يكن اعترف للأخر وادعى جميعاً أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعاً ولم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الانسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً أن النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار به لأنه أقرب لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجره ماله (والتالث) يدفع إلى مدعيه لعدم التنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعنو ما ذكرنا

(لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولان الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فتنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حدير جع في تفسيره إليه ولأنه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبة الى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لغفر نفسه ودناها وأما ما ذكره فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف الى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيما اذا قال عظيم جداً أو عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكي بعض اصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه الاول كقولنا والثاني لا يقبل الا في اول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مراراً لقول الله تعالى (لن تبثوا بأموالكم)

﴿مسئلة﴾ قال (وكل من قات القول قوله فليخصمه عليه اليمين)

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي ألف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال للمالك وديعة، ومثل الثريك والمضارب والمنكر لادعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشبه هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصمه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطى الناس بدعائهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهاراً والذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجزر المستأجر ثم أنكر ذلك وسال أحلاف خصمه ففيه روايتان (إحداهما) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة وعمران دعواه تكذيب لقراره فلا تسمع كالأقرار المضارب أنه ربح ألفاً ثم قال غلطت ولأن الأقرار أقوى من البيعة، ولو شهدت البيعة فقال أحلفوه لي مع يمينته لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن المادة جارية بالأقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويغارق الأقرار البيعة لوجهين (أحدهما) أن المادة جارية بالأقرار بالقبض ولم تجر

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالقدي وافقوا عليه وأما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها زلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبنتوا بأموالكم) والزواج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

أما إذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وان قال له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمته ثلاثة أيضاً بهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل النفي وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالأوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقرر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي كذا درهم أو كذا وكذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم)

لأن تقديره شيء هو درهم وان قال بالخفض لزمه بعض درهم لأن كذا يحتمل أن يكون جزءاً

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في اليقظة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفأ وقبضها او قال له علي الف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن ان يكون قد اقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا يجوز إلا على اليقين، فأما ان اقر أنه وهبه طعناً ثم قال ما اقبضتكم وقال المتهم بل اقبضتني فالحكم بقول الواهب لان الاصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهم فقال اقبضتني فقال بل اخذتها مني بشير اذني فالحكم بقول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر اذن الواهب وإنما يعتبر رضي مدة يتأني القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما العين لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكي اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسر به بذلك لانه محتمل

(مسئلة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التمييز

(مسئلة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لان الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بض درهم (وقال أبو الحسن النخعي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما) اذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بشير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بشير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) ان يقول درهم بالجبر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كذا كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض التحوين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لانه يجوز أن يكون أسقط حركة

عطية بخلاف الثلث فادون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة بحقه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته ونحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الأقرار لو ائثرت لانه متهم فيه على ما سئذ كره

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيئته او قرار في صحته وفي المال سعة لهما فها سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الحرقى انهما سواء وهو اختيار القيمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذو كرايو عبيد أنه قولنا كثر اهل المدينة لانها حقان يجب قضائهما من رأس المال لم يختص احدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيئته، وقال أبو الخطاب لا يخاص غرما الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص احمد في المفلس انه إذا اقر وعليه دين بيئته يبدأ بالدين الذي بالبيئته وبهذا قال النخعي والثوري واصحاب الرأي لانه اقر بعد تعلق الحق بركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيئته كفرم المفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منه من التبرع ومن الأقرار لو ائثرت ولانه محجور عليه ولهذا لا تقذفه بانه وتبرعانه فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيئته كالنهي اقر له المفلس، وإن أقر لهما جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منهما لانهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجبر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف (المسئلة الثانية) (إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء . ولانه اذا قاله بالجبر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهما فصار كأنه قال هما درهم، وان قال درهما بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والشافعي لان كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرها بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن القيمي لانه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم فاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين كذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاوى باقية على ايهما فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول القيمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل

﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة)

وهذا قال شريح وأبو هانم وابن أذينة والنخعي وبجي الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالمذهبين، وقال مالك يصح إذا لم يهتم ويطلق إن أتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لانه لا يهتم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعله منع الاقرار التهمة فاختص المنع بموضعا، ولنا أنه ابصال لاله إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهيته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هتته تصح وما ذكر مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الارث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمثلها أودونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخافاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لما لانه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثلث مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجزم لزمه مائة لانه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي درهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالركب أحد عشر ولا تعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف رجح في تفسيره إليه فإن فسر به باجناس قبل منه) لانه يحتمل ذلك (مسئلة) (وإن قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم وألف أو دينار أو ألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجح في تفسير الألف إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربعن بأثمن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فيرجح

ثم أبناها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها فأشبهه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبهه مالو لم يبينها، وقارق ما إذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولأولاد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لا يجوز وهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يستبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول تستبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير

في تفسيره إلى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له، وان عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لان علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما ثبتت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبنوا في كفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم قم الدليل على انه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلثمائة وثلاثة عشر رجلاً، يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجوب حمل الامر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشراً فانه امتنع أن تكون العشر أشهراً الوجيين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤث والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فانه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير ممأ والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والاهام وصرفا له إلى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر، فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكور

(المغني والشرح الكبير) (٤٤) (الجزء الخامس)

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد سقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقم باطلا لاقران . التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولأنه اقرار لوارث فلم يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية قلنا عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وإن أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الأجنبي وبجته بل أن لا يصح في حق الأجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة إن أقر لها بدين من الشركة فاعترف الأجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وإن جحدتها صح له دون الوارث، ولنا أنه إقرار لوارث وأجنبي فيصح للأجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين أو كما لو جحد الأجنبي الشركة، وبفارق الاقرار بالشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا يعتبر فيه المدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالإقرار بنسب مؤسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنت أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف وخمسون درهما أو خمسون وألف درهم فالجميع درهم)

ويحمل على قول التميمي أن يرجع في تفسير الألف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك إن قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة وألف درهم والصحيح الأول فإن الدرهم المفسر يكون تفسيراً للجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نسخة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال عفرة :

فيها اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً للجميع ما قبله ولأنها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حملها على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فلي قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر لو قال بتك هذا مائة وخمسين درهماً أو بخمسة وعشرين درهماً لا يصح وهو قول شاذ ضيف لا يقول عليه وإن قال له علي ألف درهم الاخمين فالمستثنى درهم لأن العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الألف مبهماً يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي)

لأن الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولأن لفظه في الألف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيراً له فبقى على إبهامه .

قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الق بانت بإقراره والقول قولها في نفي العوض وإن قال لعبدته اشتريت نفسك مني بألف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار بوارث فأشبه الإقرار له بمال والاول أصح لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته وهو أقرب نصيبه عتق ولم يرثه لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بجمريته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه فأسقطنا التوريث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها .

(فصل) ويصح الإقرار من المريض باجبال الأمة لأنه يملك ذلك فلك الإقرار به وكذلك كل ماملكه ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه قوله حر الأصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات الا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فإن فسره بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى أن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الأصح (فصل) وإن قال له تسعة وتسعون درهما فألجيع دراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك إن قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً الا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وان قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع الى تفسير نصيب الشريك اليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فأنقض ذلك التسوية بينهم كذا هنا .

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة يتنا وإن قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وان قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسره بأكثر منه قدراً قبل وإن قال أردت أكثر بقاء ونقماً لأن الحلال أنفع من الحرام قبل قوله مع عبته) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما إذا فسره بأكثر منه قدراً فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسير الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولوحية خنطة، ولو قال ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد نعتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم قصر الامة أم ولد وعق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم قصر الامة أم ولد وإن لم يتيقن السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل انها مملوكة والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمري أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضمت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لان بلى جواب للسؤال بحرف التثني قال الله تعالى (ألسن ربكم قالوا بلى) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب وإن قال اقضني الف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

أكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجح الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه أكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بما له لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهه أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل انه أكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي أكثر من ذلك لم يلزمه أكثر منها لان لفظة أكثر مبهمه لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة خضرة أو شعير أو دخن فيرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظة أكثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وينصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع جياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديمة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(مسألة) (ولو ادعى عليه ديناً فقال فلان علي أكثر مما لك ، وقال أردت التهزيء لم يلزمه ويرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به فلان ويجب للمدعي حق لان لفظة يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقه علي أكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاه ، وان قال اشترع عدي هذا أو اعطني عدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لأنه علق إقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته. ولنا أنه وصل لإقراره بما يرضه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لأنه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف إن شئت أو إن شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لأنه عقبه بما يرضه فصح الاقرار دون ما يرضه كاستثناء الكل وكما لو قال إن شاء الله .

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال : له علي الف إن شهد بها فلان وذلك لأن

(فصل) إذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتمتن حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال إلا قليلاً لأنه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الف وبخلاف على الزيادة إن ادعت عليه

(فصل) وإن قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لأن ذلك ما بينهما وإن قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن من لا ابتداء النهاية وأول النهاية منها وإلى لا انتهاء النهاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم آتوا الصيام إلى الليل) (والثاني) يلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها . (والثالث) يلزمه عشرة لأن العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله إلى آخره ، وإن قال أردت بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك إلى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن يزيد أول البعد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسألة) (وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوفه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهم ودرهم أو درهم بل درهمان أو درهمان بل درهم لزمه درهمان) إذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لأن هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر إليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتقويضا الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين مخلفين رءوسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صائنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطا بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتمين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعدا لا اقرارا، وان قال بترك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بترك بآلق إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي التقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدهرم المقر به وجب أن يكون المقر به درهما واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

(مسئلة) (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان) وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجها فيها اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو ثم ولانه عطف شيئا على شيء بالفاء فاقضى ثبوتهما كما لو قال انت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكى ابن أبي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بلثالث تأكيد الثاني ويأنه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي الماخيرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيدا فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا يصير واجياً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان دلي لك بألف صدقه لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وإن قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمل أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

(فصل) وإن قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وإن قال لا أنكر لم يكن اقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما وإن قال لا أنكر أن تكون عفا لم يكن اقراراً لذلك وإن قال أنا مقر ولم يزد احتمل أن يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً واحتمل

إذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي المعطف الداخلين فلم يحتمل التأكيـد

(مسألة) (فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر ودادود تلزمه ثلاثة لان بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل وجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما

ولما انه إنما نفي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

(مسألة) (وإن قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين) ذكرهما أبو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر ودادود لان ما بعد الاضراب يغاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف المعطف والمطوف غير المطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقراً لانه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بطلان دعواك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانها للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقراً لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يسطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا درهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نل في ذلك خلافا لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز خطئة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بضه فكان مقراً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحدهما ثم رجح الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يستل عن مراده فان قال اردت المظف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال اسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار بزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فمس وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بها وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال النصب فصار كانه قال غصبت ثوبا ومنديلا

بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون أقراراً لا بضمير الضمير يسود إلى ما تقدم وإن قال له علي ألف إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف فقال أصحابنا الأول أقرار والثاني ليس بأقرار وهذا منصوص الشافعي لأنه في الأول بدأ بالأقرار والثاني ليس بأقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لأن قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد الحبل فلا يطل الأقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه انقضاء يصلح للأقرار ويصلح للوعد فلا يكون أقراراً مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لأن تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جيماً وجهان

ولنا أنه محتمل أن يكون التنديل للنائب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في مندبل ولو قال هذا لم يكن مقراً بنصبه فإذا أطلق كان محتملاً فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها (مسئلة) (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقراً بهما)

لأن الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجوب فيكون مقراً بالخاتم وحده، وإن قال فص في خاتم احتمل وجهين، فإن قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بقصه لأن اسم الخاتم يجمعهما وكذلك إن قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرنا . (فصل) وإن قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ذكرناهما وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما إن قال له عندي دابة مسرجة أو دار مفروشة أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لأن الباء تعلق الثاني بالأول

(مسئلة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره إليه) لأن أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فإن قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

(مسئله) قال (والعارية مضمونة وان لم يمتد فيها المستعير)

العارية اباحة الاتفاع بين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتزده في بطالته، والعرب تقول اعاره وطاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراما يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود،

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولا نعلم جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «اعارة دلوها وإطراق خلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطال عيار لتزده في بطالته، والعرب تقول أطاره وطاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الاتفاع بين من أعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى (ويمنون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى ابو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق خلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما اذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يتعدروى ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير الغسل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكيها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، إلا أن تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جازت التصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتعمد بكل لفظ أو فعل يدل عاينها كقوله أعرتك هذا ، أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحتك الاتفاق به أو خذ هذا فاتفق به أو يقول أعرتني هذا أو اعطني أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشياء هذا لانه إباحة للتصرف فصيح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مسألة ﴾ (وهي هبة منقعة تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينفع بها منقعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعبيد والجواري والنبات والحيات والحلي للباس والفحل للضراب والسكاك للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استأجر ادراعا وذكر اعارة دلوها وفحلها وذكر ابن مسعود عارية انقدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاشياء

فكان مضمونا كالتأصّب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحيار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المتافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حفص السكري يسقط، قال أبو الخطاب أو ما إليه أحد وهو قول قتادة والسري لانه لو أذن في إلتانها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والسري أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ «بل عارية مضونة»

ولنا أن كل عقد انقضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو قاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ أخبار بصفة العارية وحكمها، وفارق ما إذا أذن في الإلتاف قال الإلتاف فل يصح الإذن فيه ويسقط حكمه إذ لا يتعد موجبا للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان هنا بقي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الإذن فيه. (فصل) وإذا انتفع بها وردّها على صفتها فلا شيء عليه لان المتافع مأذون في إلتانها فلا يجب عوضها، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فمليه ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمصوب، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقטיפعة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها إذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المتافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب ويجوز استعارة الدرام والدنانير للوزن فان استعارها لينفقها فهو قرض وهذا قول أصحاب الرأي، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له أن يشتري بها شيئا ولنا أن هذا معنى القرض فان تعدد القرض به كما لو صرح به. فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالإباحة أحكاما وأما ما به بأحد شيئين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضع لو أيجبت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفسها له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم يجز عاريته لذلك ولا يجوز اعارة الصيد لحرم لانه لا يجوز له إمساكه

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرّمها)

ان كان يخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتبه مثلها ويجوز اعارتها لامرأة ولذي محرّمها لعدم ذلك، ولا يجوز اعارة الدين لنفع محرّم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يصلي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد الزمر أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يصبرها ونحو ذلك لانه امانة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستعارة والديه للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت منصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالنافع وبألو أذن في اتلافها صريحاً، وقارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الاتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فإنه يضمن منافعها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فلتفت العين بعد ذهابها بالاستعمال قلنا تقوم حال التلف لأن الأجزاء الثلاثة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً يلبسه فحبل فيه راباً فإنه يضمن نقصه ومنافه لأنه تلف بتعديده وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فيذني أن يضمن ما تلف منها بالنار نحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبهه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه. (فصل) فأما ولد المارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل

﴿مسألة﴾ (والمير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستغنى المستعير الرجوع)

تجوز العارية مطلقه ومؤقته لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقته وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أن كانت مؤقته فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن المير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضی المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر ولنا أن المانع المستقبل لم يحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم يحصل العين في يده ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً فكلاً استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالحبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فلموصى الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز المستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعله لأنه إباحة فكان لمن أيسر له تركه كإباحة الطعام

﴿مسألة﴾ (فإن أذن له في شغلها بشيء يستغنى المستعير برجوعه فيه لم يحز له الرجوع)

لما فيه من إضرار بالمستعير، مثل أن يسيره سفينة لمل متاعه أو لوحاً يرقم به سفينة فرقمها به ولحق في البحر لم يحز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

﴿مسألة﴾ (وإن أعاره أرضاً لدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن مفصوبا وكذلك ولد المارية اذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولد المنصوبة إذا كان مفصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمانها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء الثلاثة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمانها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً (فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المير أو وكيله في قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المسكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق المادة .

ولنا أنه لم يرددها إلى مالكها ولا نأثبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي وما ذكره يطل بالسارق اذا رد المسروق إلى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها إلى من جرت عادته بحريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المردع إلى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « المارية مؤداة » وقوله « على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رمياً قاله ابن البناء (مسئلة) (وان أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كالتحيز اعارة الارض للفراس والبنا وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم ين عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يحز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا أدفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة (مسئلة) (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لان المارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل الهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله

(مسئلة) (وان أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده) اذا أعاره أرضاً للزرع فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المير له قيمة الزرع لملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه » وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لم يرد الى موضعه كالتصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في ائمان فأنه تصرف بالبيع وتنفذ بكل فعل أولفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أجبثك الانتفاع به أوخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطيه أركبه أو احمل عليه ويسلمه اليه وأشياء هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقدمه إلى الضيف

(فصل) ويجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والياب والخلي للباس والفحل للضراب والكلب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استأجر أدراعاً وذكراً لإعارة دلوها وفحلها وذكراً ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في معناها ولان ما جاز له مالك استيفاءه من المنافع ملك لإباحته اذا لم يمنع منه مانع كالتياب ولانها أعيان تجوز أجارها فجازت اعارتها كالتياب ويجوز استئجار الدرام والدنانير ليزن بها ، فان استأجرها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزاً ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً ، ولنا أن هذا معنى القرض فانه قد القرض به كما لو صرخ به

(مسألة) (وإن أعارها الفراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيّد لان المستعير دخل في العارية راضياً بأحكام الضرر الداخلة عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا تلف في هذا خلافاً لما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والالم يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسألة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المير النقص)

فاذا لم يشترط المير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان احتار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فلك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجوز عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فله تسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المير رضي بذلك حيث أعارهم مع علمه بان له قلم غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر

(مسألة) (فان أبى القلع في الحال التي لا يغير عليه فيها فيبذل له المير قيمة الفراس والبناء لملكه

أجير المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أما أدفع قيمة الارض لتصير لي لم يلزم المير لان الفراس والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الفراس والبناء في البيع ولا يتبعها وهذا كما قاله الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعارهم مدة معلومة فراجع

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة العبد المحرم لانه لا يجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الحليمة لرجل غير محرما ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرما، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحملها له أو يصرها أو نحو ذلك، ويكره أن يستعير والديه لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لأنها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجاهل إذا تأثر في العقود اللازمة فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للفراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذا في الكثير وان استعارها للفراس أو للبناء ملك المأذون فيه منهما دون الآخر لان ضررها يختلف فان ضرر الفراس في باطن الارض لانتشار المروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في أحدهما اذا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والبالا والندس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يفره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالب به قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يفره ممنوع فان الفراس والبناء يراد بالتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كانه قال لا تغرس بعد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارث النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقطع) لان المارية تقتضي الانتفاع بنهر ضمان والاذن فيها يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لمروق ظالم حق » مفهومه أن المروق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان اتفاقا على البيع يمت الارض براسها وبنائها ودفع مالى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مفروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون المعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أيا البيع ترك بحاله) وقلنا لما انصرفا فلا حكم لهما عندنا

(مسئلة) (وللمعير انصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجهه أنه انصرف في أرضه ودخلها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالفراس والبناء ولا ينتفع بهما، والمستعير الدخول للشيء والاصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجم في الاذن له

وليس له زرع ماهوا أكثر ضرراً منه كالذرة والنخن والقطن لأن ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسنذكر في الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فاقلمت لم يكن له غرس أخرى وكذلك إن أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لأن الأذن إذا احتص بشيء لم يتجاوز.

(فصل) وإن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لأن وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يبره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يمس من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية إباحة للمنفعة فلم يجز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فذلك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولأن الأذن في العرس أذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منها يوم ما يختص به مع انك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير اليوم لأن ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لأن المعير أخذه منه متى شاء بقيته قلنا عدم استقراره لا يمنع يمه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر أصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

إلا فيما إذا استعار أرضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه أجر مثلها من حين الرجوع لأن الأصل جواز الرجوع وإنما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الأجر جمع بين الحقيين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر أنه لا يجب الأجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والإعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة تبيح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لأنه استباح ذلك بالأذن ففيها عدا محل الأذن يبقى على أصل المنع فإن كان المعار أرضاً لم يكن له أن يفرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب النصب

(الجزء الخامس)

(٤٦)

(المفني والشرح الكبير)

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لا غير الثاني ودفع اليه المين على انه يستوفي منافعه بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً او مدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضماناً وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان وللاالك تضمين من شاء منهما على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً يرهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كبائر الواري ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إيجارها جائزة والامارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز إيجارته كالكلب للصيد، فان استعارها الى موضع فجأوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعزتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن المين على المدعى عليه»

(مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض فثبت فيها فهو له صاحبه)

ولا يجبر على قله وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ما له حصل في ملك غيره بغير اذنه فأشبهه ما لو انتشرت اغصان شجرته في هوا ملك غيره ولنا ان قله اطلاق للمال على مالكة ولم يوجد منه تقريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بفتح الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها، ويفارق اغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تقريطه أشبه ما اذا باتت دابته في أرض لسان بغير تقريطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر بذلك لأن الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها طارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع ، ولا يصير المغير ضامناً للدين وقال الشافعي في أحد قولي به بصير ضامناً له في رقة عبده لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضمان

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر الموارى وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما أعاره من النفع فهو للمالك العين، وإن عين المغير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلاته لأن العارية تمنع بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لو لم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل خالفه فيه لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وإن أذن في رهنه بحال فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال بدينه وبين عبده إلى أجل لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وإن رهنه بأنقص منه جاز لأن من رضي بشئ رضي بما دونها عرفاً فأشبهه من أمر بشيء بشئ فاشترى بدونه والمغير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لأن للمغير الرجوع في العارية متى شاء وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز يعه في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن فإذا يسع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها

بقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضطرار به وشغل للملك بغير اختياره فلم يجوز كما لو أراد إبقاء البهيمة في دار غيره عاملاً ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يحجر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع للمالك البذر لأنه عين ماله ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته كزرع الناصب على ما نذكره والاول أولى لأنه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر اليه ، وإن أحب مالكة قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

(مسئلة) (وإن حمل السيل نوى غرس رجل قبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو ملك النوى) لأنه من ثمار ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه ههنا لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هوا ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الناصب ؟ على وجهين (أحدهما) يكون كغرس الناصب لأنه حصل في ملك غيره بغير إذنه (الثاني) كغرس الشفيع لأنه حصل في ملك غيره بغير تقريط منه ولا عدوان .

(فصل) (وإن حمل السيل أرضاً بشجرها قبت في أرض آخر كما كانت مهي للالكها يحجر على أزالتهما كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجره ولا غيره لأنه حصل بغير تقريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة

وان تالف بغير تقربط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير عمد، وان استعار عبداً من رجلين فرهته بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصّة أحدهما لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) ويجوز العارية مطلقّة ومؤقّعة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعيّر الرجوع في العارية أي وقت شاء . واه كانت مطلقّة أو مؤقّعة ما لم يأذن في شفه بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقّعة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بنير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالامارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه يملك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بنير خلاف قلبي لانه إباحة فكان لمن أيسر له تركه كإباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقفها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن ففيما عدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك واذنه فأشبه المستأجر لانه ملكه باذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الاذن كالاستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للفراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يفرس ولم يبن وان استعارها للفرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك ان استعارها لزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك ان أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانتقلت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا يطمع في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن المستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه (فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكة ، وله ذلك باذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقة عبده في أخذ قوله لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضامن

المعار أرضاً لم يكن له أن يفرس ولا يبنى ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكه حكم الناصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لمرق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض على وجه المدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

(فصل) فإن أطاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع في العارية في أمانته ضرر بالمستعير لم يحز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يحز له الاضرار به . مثل أن يعمره لوحاً يرفع به سفينه فرقعها به ولجج بها في البحر لم يحز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه ، وإن أطاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يمل الميت ، وإن أطاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبة جاز كما يجوز إجارة الأرض للبناء والفراس وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يحز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء ، وإن قال أنا أدفع اليك أرضاً ما تنقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن تهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك لإعادته سواء بنى الحائط

ولنا أنه أطاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العواري وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو للمالك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط بقيضها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتعد) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق ، وقال الحسن وأتخى والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو خنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المثل ضمان » ولأنه قبضها بأذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة ، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله بأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بن بل عارية مضمونة ، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمنصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المتأخر والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بأنه أو بغيرها لأن العارية لا تلزم وإعنا امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحسب والحائط بحاله ، وإن أعاده أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع لملكه لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لأن له وقتاً ينتهي إليه فإن كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والفراش فيها فله الرجوع قبل قلعه فإذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الفراش والبناء لأنه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك لأنه ملكه فملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لأن المستعير رضي بذلك حيث أعاده مع علمه بأن له قلعه غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لأن القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعيرها ، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه لأنه رجوع في العارية من غير اضرار ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لأن الفراش تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الفراش والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاده مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لأن المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العسكري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وبه قال قتادة والنعري لأنه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والنعري أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا إن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض يبيع صحيح أو قاسد وما اقتضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم أخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذا لا ينقذ موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان هنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمها بثمنها إن كانت مثلية .

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لأن مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد ألزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بني وغرس بأذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يمر به ممنوع فإن الفراس والبناء يراد للتبقيّة وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تفرس بمد هذه المدة فإن امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يعلق لأن الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام ونظر إزالته رضا بالبقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك أن اتفاقاً على البيع يبعث الأرض بفراسها ودفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الأرض غير مفروسة ولا مبنية فإذا قيل عشرة قلنا ولم تساوي مفروسة ومبنية فإن قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثلث وللمستعير ثلثه وإن امتنع عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والانتفاع بها بما لا يضر الفراس والبناء ولا ينفع بهما وليس لصاحب الفراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لأن الاذن في الفراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره وسقيه وليس له دخولها للتخرج لأنه قد رجح في الاذن له ولكل واحد منهما بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون المشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لأن ملكه فيه غير مستقر بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل النقص المشفوع والصدّق قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالك وما كان مضموناً لا يقتني ضمانه بشرطه لأن مقتضى العقد الضمان فإذا شرط بني ضمانه لا يقتني مع وجوب سببه كما لو اشترط بني ضمان ما يتعدي فيه وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه
(مسألة) (وان تلفت أجزاءها بالاستعمال كخمل المنشفة فلي وجهين)

وجهة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمن حملته تضمن أجزأه كالمقصوب فأما أجزأوها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لأنه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمقصوب ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لأن الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إذا أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فإنه يضمن منافعتها فإن قلنا لا يضمن الأجزاء فتألف العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا فعل في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استأثر أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منم من القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الاتقاع بغير عوض .

(فصل) وإذا استأثر دابة ليركها جاز لان اجارته لتلك جائزة والاعارة أوسع لجوازاها فيما لا يجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فخاوزه فقد تعدى وعليه الاجرة لزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه كن استأثر ثوبا ليلبسه فحمل فيه ثوباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديده وان تلفت بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبهه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في أحد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المنصوبة والاول أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه (مسئلة) (وليس المستعير أن يعير) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لأحمد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبنى فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر يعقد لازم وحكاه صاحب المجرّد قولاً لأحمد ، وقال أصحاب الرأي اذا استأثر ثوبا ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي أعيرها فلا ضمان عليه ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعرتكها إلى طبرية وقال المستبر أمرتها إلى القدس قال قول قول المالك
وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستبر قال قول قوله وعليه الضمان
ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « إكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما لسه أجر مثله يطالب به من شاء منها
فان ضمن المستبر رجع على المير بما غرم لانه غرم بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن
رجع على المير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه ، قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه
فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستبر لانه دخل على أن العين
مضمونة عليه فان ضمن المير رجع على المستبر وان ضمن المستبر لم يرجع على أحد لان الضمان استقر
عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان التقص فان قلنا هو على المستبر فحكمه حكم القيمة وان
قلنا هو على المير فهو كالاجر على ما ينه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره قنبت فيها لم يجبر على قلعه وقال
أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الارض به لان ملكه حصل في ملك
غيره بذراذنه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرة في هوا ملك جاره . ولنا أن قلعه اطلاق المال على ملكه
ولم يوجد منه تقريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه
لا يمكن خروجها الا بقلع الباب أو قتلها فالتا لا يجبره على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره

الاتقاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي الماربة لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه
فأشبه من أيسر له أكل الطعام . من هذا ان أعار فلانك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء
منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بخير إذنه والثاني استوفاه بخير إذنه فان ضمن الاول
رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول
إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع
اليه العين على أنه يستوفي منافها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول
رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد .

(مسئلة) (وعلى المستبر مؤنة رد الماربة)

لقول النبي ﷺ « الماربة مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث
حسن ، ويجب ردها الى المير او الوكيل في قبضها ويرأ بذلك من ضلتها وان ردها الى المكان الذي أخذها
منه او الى ملك صاحبها لم يرأ من ضلتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرأ لأنها صارت كالمقبوضة
فان رد الواري في المادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذونا فيه عادة .

(الجزء الخامس)

(٤٧)

(المفني والشرح الكبير)

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه أجر لانه حصل في أرض غيره بغير تهيئته فأشبهه ما لو باقت دابته في أرض انسان بغير تهيئته وهذا بعيد لان الزامه ببقية زرع ما اذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع لإضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يحز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره عاملاً ، ويفارق مبيتها لان ذلك لا يعبر للمالك عليه ولا ينفع من اخراجها فانها ركنها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب على ما سنذكره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما لو زرعه ماله والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الاجر اليه ، وان أحب ماله قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الأرض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى قنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه فهو للمالك النوى لانه من ماء ملكه فهو كالزراع ويجبر على قلمه هنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كإغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكيها وان حمل السيل أرضاً بشجرها قنبت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يجبر على ازلتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تهيئته ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الأرض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلمه

ولنا انه لم يردّها الى مالكيها ولا نأثبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر (مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطلب المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بحريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المتصرفه في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احد قال في الوديعه اذا سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً (فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما اكته أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه وان ضمن المير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسنذكره في النصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجر تلك قال بل أعرتني عقيب العقد والبيمة قائمة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرمتكها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا أنها اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالأول اختلفا في عين فقال المالك بتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الايمان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الايمان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل ، وان كان اختلافها في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب أنها بأجر قالوا كذب يدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها اجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا أنها اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالأول اختلفا في عين فقال المالك بتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الايمان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الايمان كان القول قول المالك كذا هنا وما ذكره يطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر

(مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل والأول أصح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بتيرينه وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له إلا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وامامنا في القول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمه قبل مضي مدة لملها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاطارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاطارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لملها أجر و تلف البهيمه وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاطارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمه أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(نصل) وان قال المالك غصبها وقال الراكب بل أعرتها فان كان الاختلاف عقيب العقدة والدابة قاعة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب العقدة وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المتانم ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتي فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاطارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانها اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانساب من مال غيره الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن وإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها أجرة والبهيمه تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاطارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لئلا أحر
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول
قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانها ثم اتفقا على أن المتافع ملك للراكب
وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعي والقول قول
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وابن قال المالك غصبها وقال الراكب
أجرتها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد
بقيت مدة لئلا أحر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الايمين وجهاً ، احدى
أكثر من أجرها فادعى المالك أنها غارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الآخر وادعى الراكب
انها مكتراء أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب
أنها غارية فالقول قول المالك في الديمورين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال أجرتي أو أعرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الناصب)
اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته وكذلك
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب ان غارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان
كان الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضاً
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانها ثم اتفقا على أن المتافع ملك للراكب وهنا
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعي والقول قول المنكر
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبها وقال الراكب أجرتها
فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها
وان كانت قد بقيت مدة لئلا أحر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه
الا باليمين وجهاً واحداً والله أعلم

كتاب الغصب

النصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والمقار بالنصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يتضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر ولما أنها تضمن بالقيمة فضمنت بالنصب كالقن ولانها مملوكة أشبهت المدبرة وقارقت الحررة قلنا ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المفصوب منه معلق بين ماله وماليه ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لا تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاؤه وتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسماع والقياس طريقة الظن والاجتهاد، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ماعدا المكيال والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن المنبري يجب في كل شيء مثله لما روت جبرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت ضالماً مثل حفصة صنعت طعاماً فبحثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأفكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام رواه أبو داود، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الاخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة الى رسول صاحبة المكسورة

(مسئلة) (ويضمن العقار بالنصب ويتصور غصب الاراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحدوهو المتصوص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب فان ألقاها ضمنها بالاتلاف لانه لم يوجد فيها الثقل والتحويل فلم يرضيها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه

ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام «من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين» متفق على معناه وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فآخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه ينصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في النصب كالمقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه علو وجه بحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره هنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بشراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

(فصل) ولا يحصل المصوب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في يته ، رواء أبو داود مطولا ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بيرا ورد مثله ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لانها متلفة بالتقويم ولم يأمر بالمثل ولان هذه الاشياء لا تتساوى أجزاؤها وتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب اليها فكانت أولى وأما الخبر فمحمول على أنه يجوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاؤه وتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعوم من مأكل أو مشروب فجميع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام احمد انه يضمن بمثله أيضا فانه قال في رواية حرب وابراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزن الا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذنه في دخولها لان يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصبا فان النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازما في الدار ولا ينفك حكمها لمن هو فيها دون الخارج منها ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها باذنه أو دخل صحره له ولانه إنما يضمن بالنصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب اذا كان بغير اذن .

(مسئلة) (وان غصب كلباً فيه قع أو خر ذمي لزمه ردّها)

اذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لانه يجوز الاتفاق به واقتناؤه فأشبه المال ، وان ألقفه لم يخرمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وان حبسه مدة لم يلزمه أجر لانه لا يجوز وان غصب خر ذمي لزمه ردّها لانه يقر على شربها فان ألقفها لم يلزمه قيمتها سواء ألقفه مسلم أو ذمي وسواء كان لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذمي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحمر والخنزير اذا ألقفها على ذمي قال أبو حنيفة ان كان مسلماً بالقيمة وان كان ذمياً بالمثل لان عقد الذمة اذا عصم عينا قومها كنفس الذمي وقد عصم خر الذمي بدليل ان المسلم يمنع من اطلاقها فيجب أن يقومها ولانها مال لهم يتولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه ان عامله كتب اليه: ان أهل الذمة يبرون بالماشر ومعهم الخمر فكتب اليه عمر ولوم يبعها وخذوا منهم عشر ثمنها فاذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فإنه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأمان والذهب والرطب والسكرى يضمن بقيمته وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف فعلى هذا أن كان المضمون بقيمته من جنس الأمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد كان من غير جنسه وجبت بكل حال وإن كان من جنسه فكانت موزونة وجبت قيمته وإن كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي إلى الربا، وقال القاضي إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلبي وجبارش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الإتلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالمقدور تفرد بضمها بالإتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الأول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه ربا كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور إذا كسر الحلبي يصلحه أحب إلى قال القاضي وهذا محمول على أنها تراضيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما إذا كانت الصناعة مباحة فإن كانت محرمة كاللوانى وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالعدومة .

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والحزير والاصنام » متفق عليه وما حرم بيعه لا حرمة لم يجب قيمته كالميتة ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كلفته، ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي فإن محرماً ثبت في حقها وخطاب التواهي توجه إليها فثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقويمها فإن لساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندم ينتقض بالعبد المرتد فإنه مال عندم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ عشر أثمانها لأنهم إذا تبايسوا وتقايسوا حكنا لهم بالملك ولم تقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمي الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فإن نصب من مسلم خيراً حرم ردها وجبت إراقتها لأن أبا طلحة حال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام وورثوا خيراً فأمره بأراقتها، وإن اتلفها أو تلفت عنده لم يجب ضمانها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولأن ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فإن أسكنها حتى صارت خلا لزمه ردها لأنها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فإن تلفت ضمانها له لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الناصب، فإن أراقها

(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الغرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الارض وان كان شيئاً من السواء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب وان اتلفها ضمنها بالاتلاف لانه لا يوجد فيها النقل والتحريم فلم يضمنها كمالو حال بينه وبين منعه فتلقت المتاع ولأن النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه نزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوفقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في النصب كالمقول ولا يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله كما مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ماله وأخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين منعه فما استولى على ماله فنظيره هنا أن يجبس المالك ولا يستولي

فجميعها انسان فتخللت عنده رد الحل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فن قال بطهارته أو جب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب النجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان اتلفه او اتلف ميتة بجرحها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل يمه (مسئلة) (وان دبه وقتنا بطهارته يلزمه رده كالحمر اذا تخللت ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحمر وان قلنا لا يطهر لم يجب رده لانه لا يباح الاتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الاتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ (مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحرقانه لا يضمن بالنصب انما يضمن بالاتلاف فان حبس حرأ فأت عنده لم يضمن لانه ليس بمال إلا أن يكون دغيراً ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير عناية منه أشبه العبد الصغير فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ماله لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته) لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ما تالف من الأرض بفعله أو سبب فعله كدم حيطانها وتريقها وكشط رابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفرضه أو بنائه فيضمنه بفير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل النصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير أذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بفير أذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذنله في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها ذلك فيصير غاصباً فإن النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازعا في الدار ولا يئنه لما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مسئول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل محراه ولأنه إنما يضمن بالنصب بما يضمنه في العارية وهذا لا يثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به النصب إذا كان بفير لإذن

(الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بفير أذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من

كثنافع البعد، وإن حبسه مدة لملها أجره ففقه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع البعد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجه واحد لأنه لو فعل ذلك بالبعد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في النصب وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ويلزمه رد المنصوب إن قدر على رده وإن عزم عليه أضاف قيمته إذا كان باقياً لقول

رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى رده » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً ومن أخذ عصاً أخيه فليردها » رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الثمن والنيظ عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بفير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتمل بفيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن عزم عليه أضاف قيمته لأنه جنى ببغيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني هنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يحير عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الاتصار من بني يباضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم نفصى للرجل بارضه وقضى الآخر أن يزعم نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالقوس وإنما تخلع (١) ولا له شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تقربته كما لو جعل فيه قاشا وإذا قلما لزمه تسوية الحفر وردا الارض إلى ما كانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وان أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا وان طلب أخذه بقيمته وأبى مالك إلا القلع فله القلع لانه ملكه فملك لقله ولا يجبر على أخذ القيمة لانها معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لان الحق لها لحاق ما اتفقا عليه وان رهب الناصب الفراس والبناء لملك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز وان أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وان لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب أرضاً وغراساً من رجل واحد فغرسه فيه فالكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض اجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت، وعليه تسوية الارض وتقصها وتقص الفراس لما ذكرنا

اليه لم يملك الناصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أراه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الناصب ذلك سواء كان اقرب الى المكان الذي يلزمه رده اليه أولاً لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وان خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده) مثل أن يخلط خنطة بشعير أو مسم أو صغار الحب بكباره أو زيبياً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده اذا بعده وان أكن يتميز بعضه وجب تميز ما أمكن منه وان لم يمكن تميز شيء منه فسنذكره ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان بنى عليه لزمه رده الا أن يكون قد بلي) اذا غصب شيئاً فشفله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فان بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته لانه صار هالكا فوجبت قيمته كما لو تلف، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وان انتقض البناء وتفضل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً للملك يستغنى بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مفصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالأبدان ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قتله لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الأدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلمه غرض لم يحير على قلمه لانه سغه فلا يحير على السفه وقيل يحير لان المالك محكم في ملكه والناصب غير محكم فان اراد الناصب قلمه ومنعه الحاكم لم يملك قلمه لان الجيم ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيها اذا بنى في الارض كالحكم فيها اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا أنه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سغه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربيع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير اذنهم فله النقض» ولان ذلك معاوضة فلا يحير عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض وأحجارها فليس للناصب النقض على ما ذكرنا في الفرس

(فصل) وان غصب دارا فخصصها وزوقها وطالبه ربحها بازالتها وفي ازالته غرض لزمه ازالته وارث نقصها ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوجهه الناصب لملكها أجبر على قبوله لان ذلك صفة في الدار فأشبهه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يحير لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الناصب قلمه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللناصب قلمه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان

(مسئلة) (وان سمر بالمسامير بأباً لزمه قلمها وردها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشيته وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشية كما ينقض البناء رد الساجة فان كان حصوله في الدار بغير تعريض من صاحب الدار نقض ابواب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تعريض من صاحب الدار، وأما الخشية فان كان كسرهما أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه أقل ضرراً من نقض وأخرج لما لانه في معنى الخشية، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشيته أو تمدى على الانسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشية وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه، ولو باع داراً فيها خواصي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان لإصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان يشتريه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة قابلتها بهيمة فقال أصحابنا حكها حكم الحيط الذي خاط به جرحها على ما ذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الناصب الا ان يكون الحيوان آدمياً ويشارك الحيط فانه في الغالب أقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لانه عين ماله (والثاني) لا يملك لانه سبه بضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وان بذل المالك له قيمته ليركه

(فصل) وان غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه ؟ يحتدل وجهين ، وان منعه المالك فرشه أو رده ومطلب الناصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وان أخذ تراب أرض فضر به لبناء رده ولا شيء له الا أن يكون قد جعل فيه تبناً له أن يحمله ويأخذ تبنه وان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كسط الترويق اذا لم يكن له قيمة وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وان جعله آجراً أو غاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لان ذلك سبه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعه المال .

(فصل) وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لانه يضر بالارض ولان التراب ملكه قلعه من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك ان حفر فيها بئراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغائب بتقليل الضمان عليه، وان ابتلت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله فان كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لان التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط .

(فصل) وان أدخلت رأسها في ققم ولم يمكن اخراجه الا بذبحها أو كسر الققم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وان كان كسر الققم أقل كسر، فان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان من صاحب الققم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وان كسر الققم لانه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب الققم لانه لتخليص ماله فان قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أعزم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر اما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا أتلف مالي ولا أعزم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب الققم لا يجبر على شيء لانه لاحرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له اما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما أن تمرم الققم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كلفها، فان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير اذنه وان أراد الناصب طمها فتمتع المالك نظراً فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل رايها إلى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأه المنصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه إبراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الناصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فملى الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الناصب فعليه أجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل ان يكون كالأكل في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمة معارضة محرمة مال الآدمي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعة المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعة المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقه في محبته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقع في محبته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء رد الخشبة وكذلك ان كان درهماً أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت ورد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقه في محبة آخر بفعل الناصب أو بغير فعله كسرت لردّه وعلى الناصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقيقته الواقع فيها ضمنه الناصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبة غيره عدواً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لأخذ غرسه .

ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(مسئلة) (ان زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها)

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وانما للناسب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً، وان غصب داراً فنقضها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقضها واجرها مهدومة من حين مضى الى حين ردها لان البناء اهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقضها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقضها الى ان بناها واجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقض بنائها الذي بناء الناسب حكم ماله غصبها عرصة فبنائها وان كان الناسب باعها فبنائها المشتري او نقضها ثم بناها فالحكم لا يختلف لكن للمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الناسب رجع الناسب على المشتري بقيمة ما تلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالمعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناسب بنقص اتالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للناسب لا نعلم فيه خلافاً لانه تمام ماله وعليه اجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقضها لما نذكره فيما إذا غرسها أو نوى فيها

(مسئلة) (وان أدركها ربيها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بموضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الناسب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربيها والزرع قائم لم يملك اجبار الناسب على قلم الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الناسب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الناسب على قلمه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لمرق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظمناً أشبه الترس

ولنا ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الناسب لا يجبر على القلم لانه ملك للمنصوب منه ولانه أمكن رد المنصوب إلى مالكه من غير اتلاف مال الناسب على قرب من الزمان فلم يحجز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقم به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة المال عن

(الفصل الرابع) ان على الناصب ضمان نقص الأرض ان كان نقصها النقص او نقصت بغيره وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقرا كثوب تحرق وانه تفسد وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يرد لها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الناصب فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا قليلا أخذ ارشه وإن كان كثيرا فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه ، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء شق الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جنابة اتلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها وأخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قتل ذنب حمار القاضي يبنى على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم انه اتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تطاول ولا يعلم متى ينقطع من الأرض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية ، وحديثهم ورد في النقص وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للناصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاما يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الناصب روايتان:

(إحداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للناصب الى حين نزاعه منه بدليل انه لو أخذه قبل ان نزاع المالك كان ملكا له يأخذه فيكون أخذ المالك له ملكا له الا ان يوضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشقوق، فعلى هذا يجب على الناصب أجر الأرض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان مكمولا به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الناصب ما أخفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرقى وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبهه ماله وغصب دجاجة فحضنت بيضا له كان المملاء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للآثر ولذلك جعلناه للناصب اذا أخذت منه الأرض بعد أخذه الزرع واذا كان السبل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للناصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستبر

ولنا أنها جناية على مال أرضها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق سيرا
ولأنها جناية تنقص بها القيمة فأشبهه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جسيما لأن الاعتبار في
الاتلاف بالجنى عليه لا بفرض صاحبه لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارض قدر قصص القيمة في جميع الاعيان وهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فقاً عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له فقاً العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فاستمعت فيهما شيئاً ، قيل له فان كان بهراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احداً ما اوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للآثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقدروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجمع

(فصل) فان كان مما بقى أصوله في الارض ويحجز مرة بعد اخرى كازربة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الخطاة والشعير واحتمل ان حكمه حكم الفرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لسبل زرع مثل حكم الفرس وانما ترك فيها قتل مدته للآثر فقها عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا فترسها فأثمرت فأدركها ربحها بعد اخذ الناصب ثمرتها فهي له فان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها ماء اصل محكوم به للناصب فكان له كاعصائها وورقها ولبن البشاء ولسلها، وقال القاضي هي لملك الارض ان ادركها في الفراس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا فترسها فأثمرت فملك الارض قال القاضي وعليه من اتفق ما اتفق النارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قوتها فيها كالزرع قال شيخنا ولاول اصح لان احمد قد صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للآخر فيختص الحكم به ولا يمتد الى غيره، ولان الثمرة تقارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البئر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجرأ فأنمر فأثمر لأصاحب الشجر بغير ضلعه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه نبي وزاد فأشبه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقيا وبذله ان تقب وان كان رطبيا فصار نمرأ او غنيا فصار زيبأ فله رده وارث نفعه ان نقص ولا شيء له بجملة فيه ولا

وأبنا أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنفع هامن وجبين كالدابة والبقر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداها ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وروى عن أحمد في البدأ أنه يضمن في النصب بما يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضعه نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لأبماض البعد فكان مقدرا من قيمته كأرض الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالثوب وذلك لأن القصد بالضممان جبر حق المالك بإيجاب قدر المقوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كذبح الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فان قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كإروى عنه أنه قضى في الدين القاعة بخسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف القيمة كمين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف البعد فمحمول به عن القياس للإلحاق بالجناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الأموال المنصوبة، وقول أبي حنيفة إن هذا في بهيمة الأنعام والدابة لا يصح لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة والدابة في العرف ما يعدل ركوب دون بهيمة الأنعام

أجرة عليه للشجر لأن أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولها أن ولدت عنه وضمان لبنها بمثله لأنه من ذوات الأمثال ويضمن إربارها وأشعارها بمثله كالتطن، وفي ضمان زوائد النصب المنفصلة اختلاف تذكره فيما يأتي

(مسئلة) (وان غرس أو بني اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارث نقصها وأجرها) متى غرس في أرض غيره بشيء أذنه أو بني فيها وطلب صاحب الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الناصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن قنيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني ياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن يزع نخله قال فلقد رأيته يضرب في أصولها بالفؤس وإنما لتخل عم ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في قلعه بشيء أذنه فلزمه قرضه كما لو جعل فيه قاشاً ، وإذا قلنا لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه لأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان غصب عبدًا جني عليه جناية مقدرة الدية على قولنا ضمان النصب ضمان الجناية الواجب ارض الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارض النقص اودية ذلك المصوب لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية والبد وجدًا جميعاً، فان غصب عبدًا يساوي القاءً فزادت قيمته فنصار يساوي القين ثم قطع يده فنقص الفألمه انق وورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضبوطة ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص القاء وخمسة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسة وورد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف وورد العبد فحسب وإن نقص خمسة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسة ؟ على وجهين .

(فصل) وإن غصب عبدًا فقطع آخر يده فلذلك تضمن أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والناسب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمنه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناسب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ، وإن قلنا ان ضمان النصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناسب هنا شيئاً ، وإن اختار تضمن الناسب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجعها الناسب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فارب العبد تضمنه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناسب على الجاني بنصف القيمة لانها ارض جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناسب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً، وان طلب اخذه بقيمته وابتى مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكة فملكه ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تبويضه عنه جاز لان الحق لها فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الناسب التراس والبناء لمالك الارض ليتخلص من قلمه فقبله المالك جاز وان ابى قبوله وكان في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجاراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فترسه فيها فالكل لمالك الارض فان طالبه المالك بقلمه وله في قلمه غرض أجبر على قلمه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض وتقصها ونقص التراس لانه نقص حصل في يد الناسب اشبه ما لو غصب طبعاً فتلّف بعضه وان لم يكن في قلمه غرض صحيح لم يجبر على قلمه لانه سفه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والناسب غير محكم فان اراد الناسب قلمه ومنعه المالك لم يملك قلمه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أخته أو لسانه أو خصيه لزمته قيمته كلها ورد البد لص عليه اجمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن التلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جعلته كقطع ذكر الدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولان المضمون هو المفقوت فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع كس أصابع وبهذا يفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة التلف لا في مقابلة الجثة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بخير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن حتى البد المنصوب جنابته مضمونة على الناصب لانه نقص في البد الجاني لكون ارض الجنابة يتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر قصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق البد ، وإن جنى على سيده جنابته مضمونة على الناصب أيضاً لأنها من جملة جنائنه فكان مضموناً على الناصب كالجنابة على الاجني .

(فصل) اذا نقصت عين المنصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءاً مقدراً البدل كعبد خصاء وزيت أغلاء وقررة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في ربيع قوم بائتهم فله القيمة ومن بنى بخير لائمهم فله النقص » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للناصب النقص على ما ذكرنا في الترس

(فصل) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه بمحتل وجهين وان منه المالك فرشه أو رده وطلب الناصب ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبناء رده ولا شيء له الا ان يحصل فيه ثبنا له فله ان يحمله ويأخذ ثبته ، فان كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وان طالبه المالك بمحله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فملى وجهين فان جعله آجراً أو غزاراً لزمه رده ولا أجر له لعله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص البعد بقيمته ونقص الزيت والثقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان
 الناقص من العين له بدل مقدر فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجبيع (الثاني) أن لا يكون مقدراً مثل
 أن غصب عبداً ذا سمن مفطر تخف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما
 أوجب في هذا ما تنقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى
 فان الذاهب بمقدر البديل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدر البديل لكن الذاهب
 منه أجزاء غير مقصودة كصبر أغلاء فذهبت مائته وانقذت اجزؤه فتقصت عنه دون قيمته ففيه وجهان
 (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان الثار إنما أذهبت مائته التي يقصد ذهابها ولهذا ترداد حلاوته وتكثر
 قيمته فلم يجب ضمانها كسمن البعد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدر البديل فأشبهه
 الزيت اذا أغلاء وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل
 واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم
 فأغلاء فتقص ثلثه فنصار قيمة الباقي نصف درهم فليس عليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن
 كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص
 وان خص البعد فتقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه وهل يجب
 في النصار ما تنقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فضمن سمناً نقصت به قيمته أو كان شاباً فنصار شيخاً أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالفرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الناصب
 ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كأناء تكمر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا
 شق لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه
 مع الارض وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد ان شاء شق الثوب وان
 شاء مثله بني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه إن الجناية أتلفت معظم قععه فكانت له
 المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكى أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها
 فيها كان الجاني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من
 قطع ذنب حمار القاضي يفتني على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في المادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة
 للمقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك للمطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً
 ولاها جناية تنقص بها القيمة أشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار
 بالجاني عليه لا بغرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره . وعليه أجر الارض منذ غصبها الى
 وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو أتلفت تحت يده لانها

ناهذاً فمقط تديها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافاً، فإن كان البعد أمر د قنبت لجنته فنقصت قيمته وجب ضمان نفسه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لأن الفات لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه بكيفية الصور

(فصل) وإن نقص للمنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساد أو غفن وخشي تلفه فليبه ضمان نفسه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن قصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لأنه لا يملك قدر نقصه وكما نقص شيئاً ضمنه لأنه يستد إلى السبب الموجود في يد الناصب فكان كالوجود في يده وقال أبو الخطاب بتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساد ويأخذ ارش نفسه وقال أبو حنيفة بتخير بين إمساكه ولا شيء له أو تسليمه إلى الناصب ويأخذ من قيمته لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقبير ردي ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فمرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لأن البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون الفن بسبب منه، ثم إن ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده المادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي إن شاء الله تعالى وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الناصب فليبه أجر الأرض دون بنائها لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وإن بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فليبه أجرها مبنية لأن الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للناصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لأنه وقع عدواناً .

(فصل) وإن غصب داراً فنقصها ولم يشأ فليبه أجر دار إلى حين نقصها وأجرها مهدونة من حين نقصها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وإن نقصها ثم بناها بالتمن هذه فالحكم كذلك، وإن بناها بالتمن أو آلة من ترابها أو ملك المنصوب منه فليبه أجرها عرصة منذ نقصها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعد لأن البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناه الناصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وإن كان الناصب باعها فبناها المشتري أو نقصها ثم بناها لم يختلف الحكم والمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه. فإن رجع على الناصب رجع الناصب على المشتري بقيمة ما ألتف من الأعيان لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالموض فاستقر الضمان عليه، وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الناصب في نقص الثاقب ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالأجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

(مسئلة) قال (وار كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وإن استحققت بعد أخذ الناصب الزرع فعليه أجرة الأرض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الناصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الناصب الزرع فإنه للناصب لا نعلم فيه خلافا وذلك لأنه عام ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كإراضي البصرة أو نقصت لتغير ذلك ضمن نقصها أيضا لما قدنا في المسألة التي قبل هذه ، فأما أن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك أجير الناصب على قلمه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الناصب أجر الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك أجير الناصب على قلمه ، والحكم فيه كالفرس سواء لقولهم عليه السلام « ليس لمرق ظالم حق » ولأنه زرع في أرض غيره ظلمًا أشبه الفرس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بشير أخذهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ النَّاصِبَ لَا يَجْبِرُ عَلَى قَلَمِهِ لِأَنَّهُ مَلَكَ لِلْمَنْصُوبِ مِنْهُ وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَأَى زَرْعًا

المشتري من الأجر إلا بأجرة مدة مقامها في يديه لأن يده إنما تثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحا فرقم به سفينة لم يقطع حتى ترمي اذا كانت السفينة يخاف غرقها يقطع اللوح لم يقطع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تترق بقلعه لزمه قلمه ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبدا فأبق وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لتغير الناصب لم يقطع كالخيط وإن كان فيها مال للناصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوحيتين والثاني يقطع في الحال لأنه أمكن رد المنصوب فلهذا وإن أفضى إلى تلف مال الناصب كرد الساجة المتني عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

ولنا أنه أمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لأنه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خطاً غلط به جرح حيوان وخيف عليه من قلمه فعليه قيمته إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للناصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يخطئ به جرح حيوان لا حرمة له كالرند والحزير والكلب المقور فيجب رده لأنه يتضمن قوت ذي حرمة أشبه مالو غلط به ثوبا (الثاني) أن يخطئ به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي فإن خيف من نزعته الهلاك أو أبطأ برؤيه فلا يجب لأن الحيوان أكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « نأخذوا زرعكم وردوا عليه فقته » قال رافع فأخذنا زرعنا ورددنا عليه فقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكه من غير اتلاف مال الناصب على قرب من الزمان فلم يحز اتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجعة وينتظر حتى ترسي صيانة المال عن التلف كذا هنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضرب به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والتخل لان مدته تتناول ولا يعلم متى يتخلع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الفرس وحديثا في الزرع فيجمع بين الخديين ويصل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتعريض المالك بترك الزرع للناسب وبأخذه من اجار الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما او احجارا يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الناسب روايتان (احدهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو اتلفه ولأن الزرع للناسب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن يوضعه فيجب ان يكون بقيمته كما لو اخذ الشقص المشفوع ويجب على الناسب اجار الارض الى حين من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعل والحمار الأهلي (الثالث) ان يخطط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الناسب وخيف تلفه بقلعه لم يتلع لان فيه اضرارا بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحج صيانة مال آخر وان كان للناسب فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الناسب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقض البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير ما كلة ولاصحاب الشامي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهجة الالمام والدجاج وبين ما لا يعد له كالحيل وما يقصد صونه من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه اتلاف له فخرى مجرى مالا يؤكل لحمه ومتى امكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(مسألة) (فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً معصوماً لان غير الآدمي لحرمة له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : كسر عظم الميت ككسره وهو حي » فعلى هذا يرد قيمته .

تسلم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الناسيب ما اتفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحرفي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه ثقته» وقيمة الشيء لا تسمى ثقته له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احدى اعمالهم الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة فخصنت ايضا له أو طعنا ما فلقه دواب له كان النماء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه ثقته للأثر ولذلك جعلناه للناسيب اذا استحققت الارض بعد اخذ الناسيب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يبنى اصوله في الارض ويمجز مرة بعد اخرى كالرطوبة والتمتع احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبهه الحنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الترس لبقاء اصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الترس ولما ترك فيها قتل مدته للأثر فيها عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضا فترسها فأثمرت فأدر كها ربا بعد اخذ الناسيب ثم رتها فهي له وان ادر كها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كالوكات في ارضه ولائها نماء اصل محكوم به للناسيب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة وولدها، وقال القاضي هي تلك الارض ان ادر كها في الترس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحا فصاد او شبكة او شركا فامسك شيئا او فرسا فصاد عليه او غنم فهو للمالك) كالو غصب عبدا فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للناسيب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيها إذا غصب فرسا او شيئا او شبكة فصاد به وجه آخر انه للناسيب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للناسيب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطاده في أحد الوجهين لان منافاه في هذه المدة مائة إلى المالك فلم يستحق عوضا على غيره كما لو زرع ارض انسان فاخذ المالك الزرع بثقلته والثاني عليه أجر المثل لانه استوفى منافاه أشبه مالهو لم يصد، ولم يغصب عبدا فصاد أو كسب كالكسب للتبديد وفي وجوب اجرة العبد على الناسيب في مدة كسبه وصيده الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للناسيب لان هذه آلة فهو كالحبل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب توبا فقصمه أو غزلا ففسجه أو فضة أو حديدا فضر به أو خشبا فحجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرض قصه)

ولاشيء له هنا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الناسيب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً فغرسها فالتام المالك الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما اتفقته الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائمها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ ثمر الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيختص الحكم به ولا يبدى الى غيره ولان الثمرة تقارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع غاء الارض فكان لصاحبها والثمر غاء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فالثمر لصاحب الشجر بغير خلاف فله لأنه غاء ملكه ولان الشجر عين ملكه متى وزاد فأشبهه بالوطالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فله بدله وان كان رطباً فصار ثمرأً أو مضمناً فصار زيباً فله رده وأرض قصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في النصب ولان تقع الشجر رية الثمر وأخراجه وقد عادت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فله ضمان ولها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشمارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضاً فحكها في جواز دخول غيره اليها حكها قبل النصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يحز لغير مالكيها دخولها لان ملك مالكيها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كالمالك في يده قال احمد في الضيعة تصير غيبة فيها ملك لا يبيد فيها أحداً الا باذنهم وان كانت حرجاء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوها ولا يسيفها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض حيرتنا ونحن نرضيهم من عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المنسوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب التمرة دراها ولاه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كإرواه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها، إذا ثبت هذا فانه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنافه والمنافع أجريت بحري الاعيان أشبه مالو غصب ثوباً فصنفه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الناصب عمل

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلاء في الأرض المنصوبة وذلك لأن الكلاء لا يملك بملك الأرض ، ويتخرج في كل واحدة من صورتين مثل حكم الأخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في رجل والداه في دار طوايقها غصب لا يدخل على والده وذلك لأن دخوله عليها تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له أخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فإن أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ، ونقل المروزي عنه أكره المثنى على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لأن العبارة وضعت لسور الماء لا للمثنى عليها وربما كان المثنى عليها يضرها ، وقال أحمد لا يدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بنذر أذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع إلى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لأن قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرماً ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع العقود وقال لا يتناع من الخانات التي في الطرق إلا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الإكراه على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لأنه إذا صحّت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال فيمن غصب ضيعة ونهضت من الناصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والناصب الأول وإن مات بعضهم جمع ورثته إنما قال هذا احتياطاً خوفاً

(١) بتشديد الياء

في ملك غيره بنذر أذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زناً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان في أرضه فأصابه الخبث فإن الصبيح عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجمله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبيحه بجمله في ملك غيره وجمله كالحقة فلا يزال ملك غيره بماله فيه أولى فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره ترد عليه ثقلته قلنا الزرع ملك للناصب لأنه عين ماله وثقلته عليه تزداد به قيمته فإذا أخذ مالك الأرض احتسب بما اتفق على ملكه وفي مسئلتنا عمله في ملك المنصوب منه بنذر أذنه فكان لاغياً على اتنا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الأول (فصل) فإن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت إذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جله لبناً أو غزلاً لسججه أو ثوباً قصره لأنه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو ألتف بضه وإن جمل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن سمر الدفوف بمساميره فله قلمه ويضمن ما نقصت الدفوف ، وإن كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره

التبعة من الناصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالكها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الف الف رجلا الى المستودع فقال إن فلانا غصني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعها عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمتها مائة فزاد في بدنه وتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الناصب مائة)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها ولما أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال النصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المنصوب فهي حصة فيه ولذلك يضمنها اذا طوّل رد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتل مجرى السمن الذي هو عين لانها حصة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الناصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للناصب قوهها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجوه وان استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منعا فان غرم الناصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاخير الحال وان ضمن الاخير رجوع على الناصب لانه اتلف مال غيره بغير إذنه علما بالحال ، وإن ضمن الناصب رجوع على الاخير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاخير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجوه)

إذا طمها المالك بطمها لزمه لانه يضر بالأرض ولان التراب ملكه قله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وان أراد الناصب طمها فطمها المالك نظراً فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تقيضه فله ذلك لما فيه من الضرر وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجوه لانه اتلاف لا تقع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم

النصب لأنها زيادة في العين المملوكة المنصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لأنها تابعة للعين ، فأما ان غضب العين سمينة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه هزلت وليست فقضت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا يعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال نصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كالواذهب عضو من اعضائها (فصل) اذا غضبها وقيمتها مائة فسنت قبلت قيمتها الفأثم تملت صناعة فبانت الفين ثم هزلت وليست فمادت قيمتها الى مائة ردها ورداها وتسماة وان بلغت بالسمن الفأثم هزلت قبلت مائة ثم تملت قبلت الفأثم ليست فمادت الى مائة ردها ورداها وتسماة لانها نقصت بالمرال تسماة وبالنسيان تسماة، وان سمنت قبلت الفأثم هزلت فمادت الى مائة ثم تملت فمادت الى الف ردها وتسماة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الانسان بملكه ، وانما اذا بلغت بالسمن الفأثم هزلت فمادت الى مائة ثم سمنت فمادت الى الف ففيه وجهان (أحدهما) يرددها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا يجبر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فمادت الى مائة ضمن النقصين بألف وتسماة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لانه ماد مذهب فأشبهه ماله مرضت فقضت ثم عوفيت أو ليست صناعة ثم تملت أو أبقى البعد ثم ماد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نكرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لتالاه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بدوهو أيضاً إبراء من بحق غيره وهو الواقع فيها ولنا أن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما يجب إنما هو إسقاط التعدي برضاء به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم يتلفظ بالإبراء لكن منه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غضب حبا فزرعه أو نوى فصار غرساً أو يضا فصار فراخا رده ولا شيء للناسيب لانه عين مال المنصوب منه ويتخرج أن يملكه الناسيب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتفسير في البيضة أعظم فانه استحالة بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) وان غضب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضا فصار فراخا فعما للمالك ولا شيء للناسيب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يرددها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للناسيب فيما عمل وان غضب شاة فازرا عليها فخله قالود لصاحب الشاة لانه من ثمنها وان غضب فخا فازراه على شاته قالود لصاحب الشاة لانه يقيم الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهي عن عسب الفحل، وإن نقصه الضراب ضمنه وان نقص المنصوب لزمه ضمان نقصه بقيته رقباً

الوجه اقيس لما ذكرنا من شواهد، فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزادتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمنهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم تسبت ثم تلت ما تسبته فعادت القيمة الاولى لم يضمن النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تلت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاول اولى.

(فصل) وان مرض المنصوب ثم برأ او ابيضت عينه ثم ذهب ياضاً أو غصب جارية حسنة فسمت ممناً نقصها ثم خف سمنها فماد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب له قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فتقصت ثم وضت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض او عيب أو سمن مفرط أو حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي مالكه لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك ان اخذ المنصوب دون ارشه ثم زال العيب قبل اخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك.

(فصل) زوائد النصب في يد الناصب مضمونة ضمان النصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في البعد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاتلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لا يباض البعد فكان مقدراً من قيمته كارش الجناية

ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب بحقيقته أن ينقص بالضمان جرح المالك بإيجاب قدر الموقوف عليه وقدر النقص هو الجابر ولا ملوقات الجميع لو جيت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كثير الحيوان وضمان الجناية على أطراف البعد معدول به عن القياس للحاق بالجناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقه بسائر الاموال المنصوبة على أن في الجناية على البعد رواية أنه يضمن بما نقص فتشقق الروايتان والتفريع على الاول، ويخرج أن يضمنه بأكثر الامرئين منها لان سبب كل واحد منها قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق بما لا مقدور فيه كتنقه لكبر او مرض أو شجة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان البعد أمره فثبت لحينه فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان القاتل لا يتقصد تصدأً صحيحاً أشبه الصناعة المهربة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضمنه بكيفية الصور

وخرقة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الناصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيستتم من أدائها لأنها غير مفصولة فلا يجب ضمانها كأودعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه أنبئ على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا أنه مال المنصوب منه حصل في يده بالنصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه باسساك الإلم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الإلم محظور.

(فصل) وليس على الناصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن. ولما أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف السمن وإن سلمنا فلا نه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا تجب ويخالف السمن فإنه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وأما حقه في السمن وهي باقية كلها كما كانت ولأن الناصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فإنها مفصولة وقد ذهبت

(مسئلة) (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الأمرين)

ومجلة ذلك أنه إذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غضب ونقصه الجناية أقل من ذلك أو أكثر وإن قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش انتقص أودية ذلك المصولان سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخريه فإن الجناية والبد وجدوا جميعاً فلو غصب وقيمت ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص ألفاً لزمه ألف ورد العبد لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضمونة ويد العبد كنصفه فكانه يقطع يده فوث نصفه وإن نقص ألفاً وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين.

(مسئلة) (وان جنى عليه غير الناصب فله تضمين الناصب أكثر الأمرين ويرجم الناصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمن الناصب ما بقي من النقص) إذا غصب عبداً فقطعه فخلالك تضمين من شاء منها لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئا فشقه نصفين وكان ثوبا ينقصه القطع رده وارش نقصة فان تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة النصف وارش النقص وان لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة النصف لا غير وان كانا باقين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وان غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف ومصرعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة النصف وارش نقصهما فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهين رد الباقي واربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه الا قيمة النصف مبردا الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص بتغير الاسرار ، والصحيح الاول لانه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق اذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهما فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كالفوت بصره أو يضمنه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

(فصل) وان غصب ثوبا فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه ، ولو غصب ثوبا قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لان ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في القيمة خمسة فلا يعتبر ذلك ببلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة

في يده فان ضمن الجاني ضمانه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لانه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة ان نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وان قلنا ضمان النصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئا وان اختلفا تضمن الناصب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية ضمانه نصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فرب العبد تضمنه بأكثر الامرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لانها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسألة) (وان غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته)

اذا غصب عبداً فقطع خصيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما يجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كماله نص عليه وبه قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولما ان المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولان المضمون النصف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابع ، وهذا يفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمتة عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزداد بنلاء الثياب ولا تنقص برخصها
(فصل) وان غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة وزئبرة اثوب فعليه ارض نقصه وإن أقام عنده مدة لثوبها أجرة لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما ما الاجر وارث النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال أو بشيئه وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بشيئه الاستعمال كثوب ينقصه النشرفتنقص بشيئه وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان (أحدهما) يضمهما معاً (والثاني) يجب أكثر الأمرين من الاجر وارث النقص لان ما نقص من الأجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما يتقرب بالاجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجبا كالو أقام في يده مدة ثم تلف والأجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لافي مقابلة الأجزاء ولذلك يجب الاجر وإن لم تمت الأجزاء وإن لم يكن للمنصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الناصب وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه عند المشتري فله ان يضمن من شاء منهما فإن ضمن الناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين اتلف لانه في ضمانه من حين

التلف لافي مقابلة الجملة، فإن ذهبت هذه الاعضاء بشيئه جناية فهل يضمها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضي ذكرهما، وعن أحد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل فقأ عين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقأ العينين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فإن كان بهراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احمد إنما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة للأنثى الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها مرلة الأدي إلا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في ردوس المسائل، وقال أبو حنيفة اذا قلم عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمع رأينا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كبائثر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فمحمول على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

غصبه الى يوم تلق وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له أجره فله الرجوع على الناصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقى على الناصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها أو خديداً فعلمه سكاكين أو أواني أو خشبة فتجرها باباً أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارث تنقصه ان نقص ولا شيء للناصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الناصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجم عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكمها ولا يسبغها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بنير حق» فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراً فتناول من ثوبيهم منها فقال النبي ﷺ «اطعموها الامرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردها عليهم. ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردها اليه كالأودج الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فإذا فعله بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردها كالسمن وذكر ابن أبي موسى رواية عن احمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كالأولم تنقص ولا سلم انه يضمنه مع تلف العين وان سلمنا فلائنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الناصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فانها منصوبة وقد ذهبت (مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض او غيره ثم عادت برثه لم يلزمه شيء الا رده) إذا مرض المنصوب ثم برى أو أبيضت عينه ثم زال ياضها او غصب جارية حسنة فسمت سمناً فنقصها ثم خف سمنها فادحسناها وقيمتها ردها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض او عيب او سمن مفراط أو حمل فعليه أرض نفسه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه رد ما أخذ لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرضه ثم زال العيب قبل أخذ أرضه لم يسقط ضمانه لذلك (مسئلة) (وإن زادت القيمة لسمن او غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل
إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس معروف كما رويته وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم
عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم يزد وهذا مذهب الشافعي وذكر
أبو الخطاب أن الناصب يشارك المالك بالزيادة لأنما حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت بحري الأعيان فأشبهه
مالو غصب ثوباً فصنفه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل في ملك غيره بغير
إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زبناً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة لغيره
في أرضه وسائر عمل الناصب، كما صنف الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزل ملك صاحبه عنه بجعله مع
ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزل
ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره يرد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصب
لأنه عين ماله ونفقته عليه يرداد به قيمته فإذا أخذ مالاً الأرض احتسب له ما اتفق على ملكه وفي
مستلزمات عمله في ملك المنصوب منه بغير إذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى
الروايتين كما أن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها
معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله
لبناً أو غزلاً لسجته أو ثوباً قصره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن يمر الرفوف بمسامير من

الناصب لسمن أو تلمصعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمانة وقيمتها مائة فزاد بتعليقه أو في بدنه حتى صارت
قيمتها مائتين ثم نقص بقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لم يردده ويأخذ من الناصب مائة
وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يرددها
لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كتنقص سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية
أن المنصوب إذا زادت قيمته بسمن أو تلمصعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بهينه

ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على
ملك المنصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال النصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة
حال النصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل
برد العين وهي موجودة فلم يرددها، وأجربناها هي والتعلم بحري السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع
العين، وأجربنا الزيادة الحادثة في يد الناصب بحري الزيادة الموجودة حال النصب لأنها زيادة في عين الملوكة
للمنصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما إن غصب العين سميعة أو ذات صناعة فهزلت أو
نسبت فنقصت قيمتها فليضمن ضمان نقصها لا لم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها
فوجب ضمانها كالأذهب بمش أعضائها

(فصل) إذا غصبها بقيمتها مائة فسمت فبليت قيمتها ألفاً ثم تلمت صناعة فبليت القين ثم هزلت ونسبت

(المبنى والشرح الكبير) فروع في تصرف الناصب في المنصوب بزيادة أو نقص ٤٥٥

عنده فله قلمها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت المسامير من الحشبة المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت المسامير للناصب فوجبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه قالوا جبر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن المالك أن يضمن النقص من شاء منهما فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارث نقصها ويفرم من شاء منهما فإن غرم الناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الناصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها منصوبة ففرمه لم يرجع على أحد لأنه أتاها مال غيره بغير إذنه طالما بالحال وإن ضمن الناصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استأجر من ذبح له فهو كمن استأجره .

(فصل) وإن غصب جباراً فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو يضا فحظته ففقد فرحاً فهو للمنصوب منه لأنه عين ماله غنى فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الناصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة قبضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخاً فهم للكهاولاشيء للناصب في علقها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للناصب فيما عمل ، وإن غصب شاة فأزرى عليها فخلفها فالولد لصاحب الشاة لأنه من عائلها وإن غصب فخلفها فازراء على ثلثه فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الأم ولا أجره له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عيب الفحل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

فمادت إلى مائة ردها ورد ألفاً وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سنت فبلفت ألفاً ثم هزلت فمادت إلى مائة ثم تعلقت فمادت إلى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمت فبلفت ألفاً ثم هزلت فمادت إلى مائة ثم سنت فمادت إلى ألف ففيه وجهان) (أحدهما) يرد لها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى ، فعلى هذا أن هزلت مرة ثانية فمادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها مائة فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد فهي كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فمادت القيمة أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق بعد ثم عاد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمحت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلفت بالسمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً ، فأما أن زادت بالتعلم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلقت ما نسبته فمادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لا آخر فلم يتميزا صارا شريكين وقال أبو حنيفة يملكها الناصب وعليه غرامة مثليها وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تمذر تسليمها بينها فأشبهه ماله تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التمدي لم يذهب بماليته فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .
(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحاً كالقهرقند والبارزي فصاد به فالهيد للمالك لانه من كسب ماله فأشبهه صيد البعد ومثله أنه للناصب لانه الصائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارج، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبهه نماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للناصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه ماله ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للناصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافعه ومنافعه في هذه المدة مائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضاً على غيره كالأرض زرع إنسان فأخذ المالك الزرع بثمنه والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبهه ماله لم يصد شيئاً

فاد ماذهب، وان علمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى في ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتم والاول أولى

(مسألة) (وان كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها
(مسألة) (وان غصب عبداً مفروطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع إنما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء .
(فصل) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب مقدار البدل كبعد خصاء وزيت أغلاء ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن البعد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل مقدار قلم ما يقدر به كالأذهب السكل (الثاني) أن لا يكون مقدراً كزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص مقدار البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كصير اغلاء فذهبت مائتيه وانقصت اجزائه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار إنما اذهبت مائتيه التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حلواته وتكثر قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدار البدل فأشبهه الزيت اذا اغلاء، وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منهما مضموناً منفرداً فكذلك اذا اجتمعا

(مسئلة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها له ما أولادها

ومهر مثلها)

وجله ذلك أن الناصب إذا وطئ الجارية المنصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك بين فان كان طاماً بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع اكرامها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافها والخبر محمول على الحرمة، ويجب ارش بكارتها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وان حلت فالولد مملوك لسيدها لانه من عاتقها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطىء لانه من زنا فان وضعت حياً وجب رده معها وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانتها لانه لم يملك حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربه وما ضمن بالاتلاف ضمنه الناصب بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بمشتر قيمة أمه لانه النبي يضمن به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وان

(١) من هنا الى قوله وان وضعت حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى المبدق فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينه

(مسئلة) (وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كخنطة أبتلت وعقت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يلزم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكذا نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب للوجود في يد الناصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادها وبأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة يتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الناصب وبأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قتيلاً جديلاً بغير ردي

ولنا أن عين ماله باقية وانما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفتن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون الفتن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الناصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح

وضمته خياحصل مضموناً في يد الناصب كالأُم فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيته وإن تقعت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم يجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها ولنا أن ولدها ملك للمنصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بخيانة الناصب كالتقص الحاصل بغير الولادة، وإن ضرب الناصب بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وإن ضرب بطنها اجنيت فيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيها شاء فإن ضمن الناصب رجم على الضارب وإن ضمن الضارب لم يرجع على أحد لأن الاتفاق وجد منه فاستقر الضمان عليه، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرش بكرتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الأحكام كلها حالة الإكراه أو المطاوعة لاحتقاق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحلد عليها والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالة بالتحريم فليها الحد إذا كانت من أهله والأثم والأفلا

(فصل) وإن كان الناصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالإسلام أو ناشئاً يادية بميدة بخفي عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وإن حملت فالولد حر لاعتقاده أنها مملوكة ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعت ميتاً لم يضمنه لأنه لم يعلم حياته ولأنه لم يحمل بينه وبينه وإنما يجب تقويمه لاجل

لأن الطام عين ماله وليس يدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسئلة) (وإن جنى المنصوب فعليه أرش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

إذا جنى البند المنصوب جنايته مضمونة على الناصب لأنه نقص في البند الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضموناً على الناصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب التقصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق البند وكذلك إن جنى على سيده لأنها من جملة جناياته فكان مضموناً كالجناية على الاجنبي

(فصل) ويضمن بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته كما يغديه سيده، وإن جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص البند بذلك دون أرش اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت، وإن عني عنه على مال تعلق أرش اليد برقبته وعلى الناصب أقل الأمرين من قيمته أو أرش اليد، فإن زادت جناية البند على قيمته ثم مات فعلى الناصب قيمته بدفعها إلى سيده فإذا أخذها تعلق أرش الجناية بها لأنها كانت متعلقة بالبند فتملقت يده كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجم المالك على الناصب بقيته مرة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكان من ضمانه، ولو كان البند ودية فخفى جنايته استقرت قيمته ثم إن المودع قتلته بمسدها

الحيلولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الناصب بطنها فالقت جيناً ميتاً فعليه غرة عبد او امة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكاً، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب للسيد عشر قيمة امه لانه يضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل اتلف في يديه، والحكم في المهر والارض والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا عاقلين لان هذه حقوق الادميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) قال (وان كان الناصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الناصب) وجملة ذلك أن الناصب اذا باع الجارية فيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجنابة فاذا أخذها ولي الجنابة لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جنابة تستغرق قيمته بيع في الجنيتين وقسم منه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لان الجنابة كانت في يده وكان للعجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذ العجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب بنصف القيمة لانه ضامن للجنابة الثانية ويكون للعجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنابته على الناصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الناصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدراً
(مسئلة) (ويضمن زوائد النصب كالولد والثمره اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولدا الحيوان)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وبالك لا يجب ضمان زوائد النصب الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لانها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم، بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محظور لا يصح لانه بإسالك الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان النصب في الظاهر يتناول مدته فلو لم يصح تصرف الناصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في ووطء المشتري كالحكم في ووطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهاالة قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها والمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه ارض البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لا اعتقاده انه بطأ بملوكه فنجح ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤم لانه فوت رقيم على سيدم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد قل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلمهم لأنهم كانوا في حال العلق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لا في عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلمهم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوبة لا يضمته عند إلا بالنكح وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) (فان خلط المنسوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط خنطة أوزيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المنسوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أو دنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنسوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا يصح على ان يكون شريكاً له اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنفيساً على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه يجب قيمته لانه عندم ليس بمثل وقيل القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الناصب لانه تمذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبطل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنها شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج احتلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما يدله عين ماله، وان نقص المنسوب عن قيمته منفرداً فلي الناصب

تقويعه واختلف أصحابنا فيما يقدم به فنقل الحرقى هنا أن يقدم بئتهم والظاهر أنه أراد بئتهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانثوية وقد نص عليه أحد، وقال أبو بكر عبد العزيز يقدم بئتهم في القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقدم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح أن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ولأنه لو ألتفه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الحرقى رجم بذلك كله على الناصب يعني بالمهر وما قدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه قايماً الجارية إذا ردها لم يرجع بدلها لأنها ملك المنصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغصبها بكرأ فعليه ارش بكارها وإن نقصها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فللمنصوب منه أن يرجع به على من شاء منها لأن يد الناصب سبب يد المشتري، وما وجب على الناصب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الناصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الناصب نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير منصوبة لم يرجع بشيء لأن موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً ولذلك لو اشترى زيتاً تخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كبيع الفرماء لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب. أما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو ألتفه.

(فصل) إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه فزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وإن خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بدله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لأن حقه انتقل إلى القيمة فلم يجبر على عين ماله، وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لأنه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالتكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الناصب بدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد، وإن خلطه بشيء جنسه فراضياً على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها

(فصل) وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه ماء فإن أمكن تخليصه خلاصه وردده

من غير تقرر، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قبضته - إن تلفت في يده وارش بكارها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالتمن فإذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته ائلاف وأما الشرع أتلفه محكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفعها فهل يرجع به على الناصب ؟ فيه روايتان (أحدهما) يرجع به وهو قول الحنفي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فإذا غرم عوضه رجح به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجح بذلك كله على الناصب . فكل مالو رجح به على المشتري لا يرجع به على الناصب اذا رجح به على الناصب رجح به الناصب على المشتري ، وكل مالو رجح به على المشتري رجح به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجع به على المشتري ، وفي ردها حاملا فانت من الوضع قلها مضمونة على الواطية لأن التلق بسبب من جهته

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لأنها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فإن كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدتها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة

ورد نقصه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالمالك وان كان يفسده رده ورد نقصه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الناصب ذلك لانه سيبه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسئلة) (وان غصب ثوباً فصنعه أو سويقاً فلتته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الناصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الناصب النقص)

لانه يعتمد الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل .

(مسئلة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرة فهما شر بكان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لما جاز وان باعه فضمنه بينهما نصفين (مسئلة) (وان زادت قيمتهما مثل ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساوا في الزيادة في السوق تساوا صاحباهما وان زاد أحدهما ثمانية والاخر اثنين فهي بينهما كذلك ، وان زاد بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الناصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب المنصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الناصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعاق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طأعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فاذا كان الواطيء من أهل الضمان في . قها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فان كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لان رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنته في قطع يدها أو انلاف جزء منها، وروي عن احمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت لقها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الاول لانها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبر ومجب ارض البكارة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجر اناصب المنصوب فالاجارة باطلة على احدى الروايات كالبيع ولما كنه تضمنيهما إيهما شاء أجر مثلهما فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه ضمن النقص إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الناصب رجوع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما كنهها تحريم من شاء منها قيمتها فان غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على اناصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالنصب وان علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فان غرم الناصب الاجر والقيمة رجوع بالاجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة ان كان المستأجر طالما بالنصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل ان يجبر اذا ضمن له الناصب النقص) اذا أراد الناصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالتوب أو لم يضر ويضمن نقص التوب ان نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يملك صبغه بالقلع وبين ما يملك قال شيخنا وينبغي ان ما يملك بالقلع لا يملك قلمه لانه سفه وظاهر كلام الحرقى أنه لا يملك قلمه اذا ضرر به التوب لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضرارا بالتوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الفرس لان الضرر قليل ويحصل به تقع قلع المروق من الارض وان احتار المنصوب منه قلع الصبغ ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلم يمهله وان استضر الناصب كقطع الشجر وعلى الناصب ضمان نقص التوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلمه لان الصبغ يملك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدون البيع فلم يجبر على قلمه كقلم الزرع من الارض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كذا، وحكي عن أبي خيفة أن الأجر للنائب دون صاحب الدار وهذا فاسد لأن الأجر عوض المتاع المملوكة لرب الدار فلم يملكها النائب كموض الأجزاء

(فصل) وإن أودع المنصوب أو وكل رجلاً في يمه ودفعه إليه فتلف في يده فللمالك تضمين أيها شاء أما النائب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لا يثبتها أيديهما على ملك معصوم بغير حق، فإن غرم النائب وكانا غير طالبين بالنصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وإن غرمها رجلاً على النائب بما غرم من القيمة والأجر لأنها دخلت على أن لا يضمناً شيئاً من ذلك ولم يحصل لها بدل مما ضمتنا وإن علم أنها منصوبة استقر الضمان لأن التلف حصل تحت أيديهما من غير تقريرهما فاستقر الضمان عليهما فإن غرم شيئاً لم يرجع به وإن غرم النائب رجم عليهما لأن التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها النائب ثم أودعها أو ردها إلى مالكها فتلفت بالجرح استقر الضمان على النائب بكل حال لأنه هو المتلف فكان الضمان عليه كما لو بائنها بالاتلاف في يده

(فصل) وإن أطار العين المنصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيها شاء أجرها وقبضتها فإن غرم المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على أحد وإن غرم النائب رجم على المستعير وإن لم يكن علم بالنصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لأن له غاية ينتهي إليها ولصاحب الأرض أخذه بنفقته فلا يتم عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصبغ فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب فهو أشبه بالشجرة في الأرض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للنائب ليملكه لم يجبر على قبوله لأنه أجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الثوب أو يحمّل أن يجبر على ذلك إذا لم يقامه قياساً على الشجر والبناء في الأرض المشفوعة والغارية وفي الأرض المنصوبة إذا لم يقلعه النائب ولأنه أمر رقيق به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وإن بذل النائب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الترس قيمة الأرض للمالك في هذه المواضع

(مسئلة) (وإن وهب النائب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسمى فيه وهذا ظاهر كلام الحنفي لأنه قال في الصداق إذا كان ثوباً فصبيته فبذلت له نصفه مضبوغة لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لأنها أعيان متميزة فأشبهت الثوب، وإن أراد المالك بيع الثوب وأبى النائب فله يمه لأنه ملكه فلا يملك النائب منه من يبيع ملكه بدونه وإن أراد النائب يمه لم يجبر المالك

الاجرة فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المنافرة غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن إلا كثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الناصب فللمالك أن يضمنه أيضاً لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الناصب أن حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان على المتهب فيها غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يفره أحد وكذلك آخر مدة مقامه في يديه وارش نقص أن حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيها شاء فإن ضمن المتهب رجح على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الاجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الناصب كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (أحدهما) بطلانها

على يمينه لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بمداوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب إلى ثمن صبغه .

(مسئلة) (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زياً فلت به سويقاً احتل أن يكون كذلك كما إذا غصب ثوباً فصبغه حكمه كحكمه إذا كان الثوب والسويق للناصب لأنه خلط المنصوب بماله ويحتمل أن يلزمه قيمته أو منه أن كان مثلياً لأن المنصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وإن غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء في زيادته) إذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ودهما ولا شيء عليه وليس للناصب شيء في الزيادة لأنه إنما له في الصبغ أمر لا عين وإن نقص لزمه ضمان النقص لأنه يمتد به إلا أن ينقص لتغير الاسمار

(فصل) وإن غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فإن كانت القيمتان بمالهما فما غرمه كان بقدر ما لهما وإن زادت فالزيادة لما وإن قصت بالصبغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع بها على الناصب، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو الصبغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الناصب وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صححتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الناصب الحكيمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والاجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك فأما ما احتار المالك ابطالا وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يطلونها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والمعرض بمائه وزيادته له والحكم بطلانه يمنع ذلك .

(فصل) وإذا غصب أماناً فأنجر بها أو عروضاً فباعها وأنجر بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن احمد انه يتصدق به، وان اشترى في ذمته ثم نقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للناصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قولي له انه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لانه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بعين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الناصب لانه نقص حصل في المنصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على أنالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الناصب فان

ذلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الناصب بصبغ من عنده على ما مر بيانه والحكم فيما اذا غصب سويقاً فقلته زيتاً أو عدلاً ولثماً ففقدته حلوا حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه (فصل) (وان وطئ الجارية فمليه الحد والمهر وأرض البكارة) اذا غصب جارية فوطئها فهو زان لانها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا ان كانت عاتلاً بالتحريم وعليه مهر مثلاً مكرهه كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البهي :

ولما ان المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق للسيد يجب مع الاكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافمها والخبر محمول على الحرية، ويجب أرض بكارها لانها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لانه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تقوية البكارة ووجه الاول ان كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها واذا أنفصاها بأصبه وجب أرض بكارها فكذلك وجب ان يضمنها اذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لانه لم ينقص ولم يؤلمها شيء مالم يوطئها والاول اولي

(مسئلة) (وان ولدت قالوله رقيق للسيد لانه من ثمنها وأجزائها ولا يلحق نسيه بالوطئ لانه من زنا وان وضعت حياً وجب رده معها كزوائد النصب وان أسقطته ميتاً لم يضمن لانها لا تعلم

كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يضره أحد وإن لم يعلم بالنصب فعلى الناصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بموض لم يحصل له فليزمه أجره كالمقد الفاسد .

(مسألة) قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الناصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يجوز عن رده كمبد أبقى أو دابة شردت فلمنصوب منه المطالبة ببديله وإذا أخذه ملكه ولم يملك الناصب العين المنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك بنحو المالك بنحو المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردّها وبين تضمينها إياها فيزول ملكه عنها وتصور ملكاً للناصب لا يلزمه ردها الآن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على البدل كالبيع ولانه تضمين فيما يتقل الملك فيه فقله كما لو خلط زيت بزيت

ولنا أن المنصوب لا يصح بملكه بالبيع فلا يصح بالتضمين كالتلف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مذبراً وليس هذا جماً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل الموض ولهذا اذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمه لو سقط بضربة وما يضمن بالاتلاف يضمه الناصب إذا تلف في يده كأجرة الأرض ، قال شيخنا والأولى أن شاء الله انه يضمه بشرط قيمة أنه لانه الذي يضمه به في الجناية وان وضعه حياً ثم مات ضمنه بقيمته

(مسألة) (ويضمن نقص الولادة ولا يجبر بزيادتها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها .

ولنا أن ولدها ملك للمنصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية الناصب كالتقص الحاصل بفقر الولادة وإن ضرب الناصب بطنها فالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه وإن قتله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أبيها شاء ويستقر الضمان على المضارب لأن الاتلاف وجد منه ، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكاريتها ونقص ولادها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، ولا فرق في هذه الأحوال بين المكره والمطوعة لأنها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطوعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فاما حقوق الله تعالى من الحد والتزريق كانت مطوعة مائة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الناصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ياديه بيعة بخفي

الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً . اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونماه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع بدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا (والثاني) له اجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الناصب لانه أخذه بالحيلة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بينه ورد زيارته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأثبتت زيادة المبيع المردود يجب وان كان البديل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خيراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخمره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السينة ثم عاد سمنها فانه يرد ما وارث قصها

ولنا ان الخل عين العصير تحيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كالمو غصبه فنصبه منه ناصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً ، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمناه قائلاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تندرباً بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت قالوا لحر لا اعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل الحيلولة وان وضته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيلولة بينه وبين سيده ، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الاضارب منها شيئاً لانه ألقى شيئاً حرراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لا يقبض بالضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضته حيا قومناه بملوكاء ، وان ضربه أجني فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الناصب عشر قيمة أمه لانه يضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر والارض والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا طالين لان هذه حقوق الادميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالكدية (مسئلة) (وان باعها أو وهبها لنام بالنصب فوطئها فلما لك تضمنين أيما شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولها ان تلف فان ضمن الناصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(المفني والشرح الكبير) وجوب قيمة الولد إذا غصب أمه حاملاً فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها ٤١٩

(فصل) وإذا غصب شيئاً يولد فلقية يولد آخر فطالبه به نظرت فإن كان آمناً لزمه دفعها إليه لأن الأمان قيم الأشياء فلا يضر اختلاف قيمتها وإن كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الناصب أكثر لزمه أداء مثله لأنه لا ضرر عليه وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وإن كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رد، ولا رد مثله لا تالاً لا تكلفه مؤونة النقل إلى بلد لا يستحق تبليغه فيه والمنصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لأنه تعذر رده ورد مثله، وإن كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه ونق قدر على رد البين المنصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا .

﴿مسئلة﴾ قال (ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

الكلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الناصب في الدين المضمونة فاسد لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى، فإذا باع الجارية المنصوبة أو وهبها لعالم بالنصب فوطئها فلها كضمين الناصب لأنه السبب في إيصالها إلى المشتري وله تضمين المشتري والمترب لأنه التلقف ويستقر الضمان على المشتري لأن كل واحد منهما غاصب لأن الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولأن كل واحد منهما يلزم ردها إذا كانت في يده لأن يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ويلزم المشتري كل ما يلزم الناصب من النقص والمهر وغيره لأنه غاصب وقد ذكرنا دليلاً في المسئلة قبلها إلا أن المالك إن ضمن الناصب رجع على المشتري والمترب ولا يرجع الآخر على الناصب بما ضمنه لأنه التلقف فاستقر الضمان عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن لم يلما بالنصب فضمنهما رجماً على الناصب) إذا باع الناصب الجارية فيبيعه فاسد لما ذكرنا وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجزاء المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب إلا أن المشتري إذا ادعى الجاهالة قبل منه بخلاف الناصب فإنه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أهلها شاء بردها لأن الناصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لأنه ليس بمنصوب اذ النصب فعل محظور ولم يوجد قان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لأنه انبنى على وجود الولد ولا صنع له فيه ولنا أن ما ضمن خارج الوطاء ضمن ما فيه كالليرة في الصافة والجوز واللوز ولأنه منصوب فيضمن كالألم قان الولد إما ان يكون مودوعاً في الأم كالليرة في الحقة وأما ان يكون كأجزاءها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف قان استقطبه ميتاً لم يضمنه لأنه لا تعلم حياته وإلكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً وأما إذا حدث الحمل فقد سبق الكلام فيه (الامر الثاني) أنه يلزمه رد الموجود من المنصوب وقيمة التالف قان كانت قيمة التالف لا تختلف من حين النصب الى حين الرد ردها، وإن كانت تختلف نظراً فان كان اختلافها لمنى فيه من كسر وصغر ويمن وهزال وتعلم ولسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت لأنها مقصورة في الحال التي زادت فيها والزيادة للمالكها مضمونة على الناصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم قصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة لأنه لو ردها ناقصة لزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وهذا لا خلاف فيه بمحمد الله ويلزم المشتري المهر لأنه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالنصيب ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتفاق لا يضر فيه بالجهل والنسيان

(مسألة) (وإن ولدت منه قالوا حر) لأنه اعتقد أنه بطلاً مملوكته فتبع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه النسب وعليه فداءهم لأنه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطاء هذا الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب، وقد قل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بد لهم لانهم كانوا في حال الطوق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الحلال أحسبه قولاً لابي عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بد لهم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوب لا يضمنه عنده إلا بالمتع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم يوم وضعه لأنه أول حال أمكن تقويمه

(مسألة) (وفديهم بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الحرق لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيته وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيتهم حكاهما أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تضردها ضمنها كقيمة يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتقارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فلي هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن أحمد، وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم النصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو ألقه ولنا أن القيمة إنما تثبت في القيمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان امساك المنصوب غصب فانه فعل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم النصب فقال الحلال حين أحد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المنصوب من التليات قتف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو ألقه ضمنه بقيمته كذلك هذا

(مسئلة) (ويرجع بذلك على الناصب) يعني بالمهر وما قدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها الى سيدها ولا يرجع يدها لانها ملك المنصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الناصب بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

(مسئلة) (وان تلفت فليد قيمتها لا لكها كما يلزمه قصها ولا يرجع بها على الناصب إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الناصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الناصب كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما التهب فيرجع بالقيمة على الناصب لانه دخل مع الناصب على أن يسلم له العين فيبني أن يرجع بما غرم من قيمتها على الناصب كقيمة الاولاد

(مسئلة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالأجرة والمهر وأرض البكارة لا يرجع به) ووجه ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فإراد المشتري الرجوع على الناصب فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وأرض بكارتها، وفيه رواية أخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الناصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافي يجب قيمته يوم الحاجة لان القيمة لم تنقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ انه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر داؤه فلم يكن واجبا كحالة الحاجة، وأما اذا قدر على المثل بدفعه فانه يهود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاجة كتوقبل الاستيفاء لا يستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السمر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تسبر يوم النصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما ثبت قيمته في القيمة يوم تلقه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتغير رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل منه في القدر على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرع ألتفه بحكم بيع الناصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب احتلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفسها وفيه روايتان (أحدهما) يرجع به وهو قول الحنفي لانه دخل القدر على ان يتلقه بغير عوض فاذا غرمه رجع به كبذل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) (فان ضمن الناصب رجع على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الناصب) اذا رجع به المالك على الناصب رجع الناصب به على المشتري وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على الناصب إذا غرمه الناصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الناصب فان ردها حاملا فانت من الوضع فهي مضمونة على الواطي، لان التالف بسبب من جهته (مسئلة) (فان ولدت من زوج فأت الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المنصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لتبرع عالم بالنصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها وعائها فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تالف لانه مال وليس بمنزلي، وهل يرجع بها على الناصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيها إذا ضمن المشتري ما حصل به قبح ووجه الروايتين ما سبق

(فصل) إذا ذهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب

الى وقت امكان الرد ومطالبة الناصب بالسعى في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه
فيستبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب أجره فعلى الناصب رده وأجر مثله مدة

مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكيتين (أحدهما) وجوب رد المنصوب (والثاني) رد أجرته :أما الاول
فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه
أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده
أن النبي ﷺ قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لا عبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها »
رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال التمسك والتمسك عليه ولانه
أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا
بحاله لم يتغير ولم يشتغل بشيء ، فان غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه أضاف قيمته لانه جنى
بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الناصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني هنا أو يذل له أكثر من
قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالباع، وان قال المالك دعني

ولم يفره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايها شاء ويرجع المتب على الزاوي بقيمة العين والاجر
لانه غره وقال أبو حنيفة ايها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المتب دخل على ان يعلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد
فانه وافقنا على الرجوع بها فاما الاجر والمهر وارث البكارة فبه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري
(مسئلة) (وان اغارها قتلقت عند المستعير ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الناصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على احد وان ضمن الناصب رجوع على المستعير وان
لم يكن علم بالنصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضها على ايها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر
وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المتاع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه انتفع بها فقد
استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تاف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من
يوم التلق فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمنه ولم يستوف
بدله فان ردها المستعير على الناصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت المالك على ما اسكه بتسليمه إلى غير
مستحقه ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً ففرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة ووقع غرسه وبناه مرجع المشتري
على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه يبيعه إياها غره وأومعه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي قتلته اليه لم يملك الناصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أراه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الناصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها

(فصل) وان نصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوهما أو حجرا بني عليه نظرا فان بلي الخيط أو الكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجبت قيمته لانه صار هالكاً فوجبت قيمته، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وإن اتلف البناء وقصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تابعا للملك يستغفر بقلعه فلم يلزم رده كما لو نصب خيطا فخاط به جرح عبده ولنا أنه منصوب أمكن رده ويجوز له فوجبه كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك يبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيط به جرح حيوان لحرمة له كالتد والحزير والكلب العقور فيجب نزع رده لانه لا يتضمن قوت ذي حرمة فأنشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخيط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرسه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها

(مسئلة) (وان أطعم المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان عليه) لكونه ألتف مال غيره بشئ اذنه طاماً من غير تبرير ولها لك تضمن الناصب لأنه حال بينه وبين ماله والا كل لانه ألتف مال غيره بشئ اذنه وقبضه من يد ضامنه بشئ إذن مالكه فان ضمن الناصب رجع على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وان لم يعلم وقال له الناصب كله فانه طامى استقر الضمان على الناصب) لا عرفاه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولا غر الآكل

(مسئلة) (وان لم يقل في أيها يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الناصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمن وهذا ظاهر كلام الحرقي وأيهما استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه

(مسئلة) (وان أطعمه لملكه ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المنصوب لملكه فأكله طاماً أنه طامى بربى، الناصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طامى استقر الضمان على الناصب لا ذكراً وإن كانت له ينة فإنه طامى المنصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ

من نزع الهلاك أو إبطاء برئته فلا يجب نزع لان الحيوان أكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعول والحمير الاهلي (الثالث) أن يحيط به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكا لغير الناصب وخيف تلفه بقلمه لم يقطع لان فيه اضراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يحسن صيانة مال آخر، وان كان الحيوان للناصب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاق بلحمه وذلك جائز، وان حصل فيه نقص على الناصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء لرد الحجر المنصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلمه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولا صاحب الشامي وجهان كعذين، ويحتمل ان يفرق بين ما يمد للاك من الحيوان كهيئة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يمد له كالخيل والطير المقصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المنصوب عليه (والثاني) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلاً فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشية وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجدة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا فكل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الناصب كما لو علقه لدوابه ويخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطمعه لا جنبي فانه يستقر الضمان على الكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المنصوب لملك أو أهدها اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليم تاماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حق على سبيل الهبة فأخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل عوض فلم تثبت المعاوضة ومسلتاً فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالاتباع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

(مسألة) (وان رهنه عند مالك أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خطاطته

ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفریط من صاحب الدار. نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار. وأما الحشبة فان كان كسرهما أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الحشبة، وان كان حصوله في الدار بمدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تمدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الحشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خواحي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشترطه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة قابضها يهيمه . فقال اصحابنا : حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الناصب الا أن يكون الحيوان آدمياً ، وقارق الحيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رماية حق المالك برد عين ماله اليه ورماية حق الناصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابلعت شاة رجل جوهرة آخر غير منصوبة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فهنا أولى .

(مسألة) (وان أطاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان المارئة توجب الضمان على المستمير فلو وجب الضمان على الناصب رجع به على المستمير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسألة) (وان اشترى عبداً فأعتقه قاعدى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل غلى الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

إذا أقام المدعي بينه بما أداه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع باليمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال انقاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن اخراجها الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لانه لتخليص قممه فان قال من عليه الضمان منها أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يجز اتلاف غيره، وان قال لا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لان القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب وإما ان تفرم القمم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً ومخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فله كلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الحناية من صاحبه قتل لان حرمة يدعيه فصيح كما لو لم يستقه المشتري، ومتى حكمتا بالحرية فللمالك تضمين أيها شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجوع على المشتري لانه اتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلق حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد تخلف مالا فهو المدعي لا تقاوم على أنه له وانما لم يرد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخاف وارثاً يأخذه وليس عليه ولاه لان أحداً لا يدعيه وان صدق المشتري ابائهم وحده رجوع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده .

(فصل) وان كان المشتري لم يستقه وأقام المدعي ينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقر بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال ينة وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبيع اختلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامر من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقات أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفانها على حكمه كما لو قال لي عليك ألف من ثمن مبيع فقال بل ألف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس المشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع ففسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والتي عن ذبحه معارض بالتي عن اضاة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقم في محبرته أو أخذ دينار غيره ففسها فوقع في محبرة كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقم في محبرة آخر بفعل الناصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقية الواقع فيها ضمنه الناصب ولم تكسر، وان رمى الانسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على ازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن قصصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلمه ورده وان كانت في لجة البحر والوح في أعلاها بحيث لا تترق بقلمه لزم قلمه وان خيف غرقها بقلمه لم يقطع حتى يخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار افسخ البيع لانه يملك فسخه قبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد الصب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري ينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام ينة فان كان في حال البيع قال بترك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل ينته لانه يكتنبا وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي الينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه قسماً وان أنكره جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند إنسان بينما قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان ألتف المنصوب ضمنه بمنه ان كان مكيلاً أو موزوناً)

مق تلف المنصوب في يد الناصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تضمن رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالكيل والموزون مكيلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطبوع من مأكول أو مشروب فجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاكلة

فأبقى وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الفاعب لم يقطع كالخيط وإن كان فيها مال للفاعل أولاً مال فيها ففيها وجهان (أحدهما) لا يقطع (والثاني) يقطع في الحال لأنه يمكن رد المنصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كعدين ولنا أنه يمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يحز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وقارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا نصب شيئاً خلطه بما يمكن تمييزه منه كخطة بشعر أو سسم أو صغار الحب بكار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه ورده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما يمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو خبطة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنانير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحد لأنه ليس على أنه يكون شريكاً به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه يجب قيمته لأنه عديم ليس بمثل فيقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره ، لأنه تصدّر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ماله تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

كالتص والمضى والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كالتص لما كان طريقه الإدراك بالسمع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البديل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي يجب قيمته يوم الحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينشأ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الناصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لأنه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسم ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة الحاكمة، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه لأن القيمة إنما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف يجب رده فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

(مسئلة) (وإن لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لا تارة إذا فعلنا ذلك أو صلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البذل وإن قص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كاسوة انفرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بذله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فاما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منعه المالك من أخذ حقه من التلبيات مبرأ فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن الضبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صنما مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني ألا فكل فكسرت الأناة فقالت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناة مثل الأناة وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع التي ﷺ قصعة الكسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحاس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل» متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متافئة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تافه لما ذكرنا ويكون في بلده من قدده لأنه موضع الضمان يعني يضمه في البلد الذي غصبه فيه من قدده ، ويخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أنه فوته عليه بنصفه فكان عليه قيمة ما فوته عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرمالاً من كذا وكذا أعطاه على السفر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب والاولى أولى . قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكة

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الناصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربما لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الناصب فدلح أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بذله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أسكن تخليصه خلصه ورد ناقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجم عليه بمذله لانه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد ناقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الناصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغه له (الثاني) أن يصبغه بصبغه للمنصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغه لغيرهما ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون اثوب والصبغ محالهما لم يزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه ثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك المنصوب منه والواجب رده لا قيمته، وإنما ثبتت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتمذر رده فأوجبت رده قيمته فانه يطالب بهما يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الناصب بالسمي في رده وإعاً يأخذ القيمة لاجل الحيلة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الحرقى فيمن غصب جارية حاملاً فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولداً أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقى على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فقل هذا اذا تلف المنصوب لزم الناصب قيمته أكثر ما كانت من يوم النصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فإذا تمذر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الناصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكلام الحرقى محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمضى في المنصوب من كبر وصغر وسمين وهزال ولسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لاتهم المنصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لملكها مضمونة على الناصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرضي نقصها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة فعما شريكان لان الصبغ عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لما جاز وان باعاه فتنمه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين انظرت فان كان ذلك لزيادة اثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساوى في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الناصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثر أو زيادة مال الناصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمنه الناصب بل تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الناصب لانه يتعديه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله مال السكة ولا شيء للناصب لان النقص حصل بعد وانه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسابيع ولصاحب الصبغ سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوى سبعة ونقص الصبغ فصار يساوى ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبغ ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللناصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوى في السوق ثلاثة والصبغ سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبغ هنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الماصب قلم الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وبهذا قال الشافعي لانه عين ماله فلك أخذه كالو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد الدين لا يصح لانها لو وجبت ماسقطت بالرد كزيادة السنين قال القاضي ولم أجدهن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فلي هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم النصب إلا أن الحلال قال حين أحمد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلا يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقومه بجنسه لان ذلك قيمته والصنعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرض ذلك وبخالف البيع لان الصنعة لا يقابلها الموض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تفرد بالمقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل الموض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالاولاني وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الحرقى أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضرا را بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلم الثرس لان الضرر قليل يحصل به تقع قلع المروق من الارض. وان اختار المنصوب منه قلم الصنع ففيه وجهان (أحدهما) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بما كره على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وأن استضر الناصب كقلع الشجر ، وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصنيع يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلم الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولم يله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخاف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يتمتع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصنيع فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلم ما يتلف وما لا يتلف ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وان بذل رب الثوب قيمة الصنيع للناصب لئلا يملك لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعا

(مسئلة) (فان كان محلي بالتقدين منأقومه بما شاء منها)

للحاجة وأعطاه بقيته عوضاً لثلا يفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لانها قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكانت الخيرة اليه في تقويمه بما شاء. ومنها ، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصيغة كقيمته في نيمه والله أعلم .

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تتأهل أجزاءه وتقارب كالاتمان والجوب والادهان يضمن بمثله وهذا لاخلاف فيه ، فأما سائر المكييل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمنه بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب التل في كل مكييل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنجاس والرصاص والصوف والشعر المنزول فانه يضمن بقيته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكييل والموزون

(الجزء الخامس)

(٥٥)

(المنفي والشرح الكبير)

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الثراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشقوقة والمارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الناصب ولانه أمر يرتفع به الزرع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كذا ذكرنا، وان بذل الناصب قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الثراس قيمة الارض لملكها في هذه المواضع، وان وهب الناصب الصبيغ لملك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبيغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبيغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحرفي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً فنصبه فبذلك له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الناصب فله يبعه لانه ملكه فلا يملك الناصب منه من يبع ملكه بدوانه وان أراد الناصب يبعه لم يجبر المالك على يبعه لانه متعدد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الناصب الى ثمن صبه

(القسم الثاني) أن ينصب ثوباً وصيناً من واحد فيصنعه به فان لم ترد قيمتها ولم تنقص ردها ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للناصب ولانه أعمله في الصبيغ أثر لا عين وان نقصت بالصبيغ فعلى الناصب ضمان النقص لانه بتعديده وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه (القسم الثالث) أن ينصب ثوب رجل وصبيغ آخر فيصنعه به فان كانت القيمتان بمحالهما فما شريكان

يذكر القاضي ان النقرة والسيكة من الايمان والسب والزلطب والكزى أعما يضمن بقيته، وظاهر كلام أحد يدل على ما قلنا وإلا فخرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اختلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المنصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة الثالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين بنقصهما التفريق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة الثالف وأرش نقصهما فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة الثالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص لتغير الاسعار

ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشق ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة الثالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهنا فوت معنى وهو امكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالها وإن زادت قال زيادة لها وإن نقصت بالصبيغ فالضمان على الناصب ويكون النقص من صاحب الصبيغ لأنه تبعد في اثوب ويرجع به على الناصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبيغ أو لنقص سعرهما لم يضمنه الناصب . وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبيغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الناصب بصبيغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عملاً ونشأ وعقده حلوا فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) أنه متى كان للمنصوب أجر فعلى الناصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المتأجر أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب نص عليه أحد في رواية الأثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المتأجر وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد بن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجريه أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الحراج بالضمان» ضمانها على الناصب ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالأعيان ولأنه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم بمنصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فصارت قيمته كما كانت مثل أن غصب ثوباً قيمته عشرة فتقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرض نقصه لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا زاد بغلاء الثياب ولا تقص برخصها

(فصل) فإن غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشفة فعليه أرض نقصه ، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرض النقص سواء كان ذهب الأجزاء بالاستعمال كثوب بنقصه النسر نقص بشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنهما معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرض النقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ويتخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منهما يفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعا وجب كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الناصب لانه لا يجوز له الاتفاق بالمنصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضية باتلاف منافعها بشر عوض ولا عقد يقتضي عوض فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بمقدار الاجارة كالمغار والنياب والدواب ونحوها فأما انهم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تناف الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فلذلك تضمنين أيهما شاء لان الناصب حال بينه وبين ماله والآكل ألتف مال غيره بشر اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مال له، فان كان الآكل طالما بالانصب استقر الضمان عليه لكونه ألتف مال غيره بغير اذن عالما من غير تقرير فاذا ضمن الناصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالانصب نظرنا فان كان الناصب قال له كله فانه طعامي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك ففيه روايتان (احداها) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما ألتف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الناصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحارقي لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة ما بقوت من المتنازع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاخير وان لم تقف الاجزاء، وان لم يكن للمنصوب أجرة كثوب غير غيظ فليس على الناصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المنصوب عند الناصب ثم باعه فلتلف عند المشتري فله تضمنين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه، فان ضمن الناصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه الى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الناصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقى على الناصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا قابض أو فرسا فترد أو شيئا تنذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجعلته أن من غصب شيئا فنجز عن رده مع بقائه كعبد آبق قلل المنصوب منه المطالبة يده فاذا أخذه ملكه ولم يملك الناصب العين المنصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدلها الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يتخير المالك بين الصبر الى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصبح ملكا للناصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الناصب ، وأنها استقر عليه الضمان فخرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجع عليه ، وان أطعم المنصوب للملك فأكله ظالماً أنه طعمه بريء الناصب وان لم يعلم وقال له الناصب كله فانه طعمي استقر الضمان على الناصب لما ذكرنا وان كانت له يئنة بأنه طعام المنصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك اياه أو سكت فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعمه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه ويبيع والصدقة به فلم يبرأ الناصب كما لو علفه لدوابه ويخرج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير مالك فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة ، وان وهب المنصوب للملك أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الناصب وكلام أحمد في رواية الاثرم واراد فيها إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذ المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومستلثنا فيما إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها ، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتيع والإبتيع يوجب الضمان ، وإن أقرضه اياه بريء أيضاً لذلك

يمتد لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كاليمين ولانه تضمن فيما ينقل الملك فيه فنفقه كما لو خلط زيت به زيت .

ولنا ان المنصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمن كالتالف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مديراً وليس هذا جماً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه تعذر رده . اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المنصوب رده ونمائه المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه الى الناصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بينه ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المتصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود ببيع ، وان كان البدل تالفاً فمليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(مسألة) (وان غصب عسيراً فتخمر فمليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العسير ويسترجع ما أهداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخلل ولا يسترجع البدل لان العسير تلف بتخمره فوجب ضمانه فان

وان أطاره إياه بريء أيضاً لان المارية توجب الضمان، وان أودعه إياه أو أجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقتصره أو يملكه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون مائلاً بالحال لانه لم يمد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه ما دل على يده وسلطانه وهذا أحد الوجبين لأصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ فهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا يثبت لاحدهما فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة كالم ادعى عليه ذمنا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البيعة بالصفة ثبتت، وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الناصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد مبيعاً فقال الناصب كان مبيعاً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الناصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خيراً ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الناصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

ما د خلا كان كما لو هزلت الجارية السينة ثم ما د سمعها فانه يردّها وأرض تقصّها

ولنا ان الحل عين الصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كما لو غصبه فنصبه منه فاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السن الاول قلنا فيه منع وان سلمنا فالتاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أثماناً فطالبه مالها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد النصب وان كان من المتليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبة بمثله لانه لا ضرر على الناصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمته في بلد النصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد النصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبقى.

(فصل) قال رضي الله عنه (ان كان المنصوب أجرة فلي الناصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المتافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب فمن عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المتائم وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجريه أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلقه فادعاء الناصب وأنكره المالك فالقول قول الناصب لأنه أعلم بذلك وتمتد إقامته البيعة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببطله لأنه تضرر رد العين فلزم بدلا كالوصب عبد أبا بقر وقيل ليس له المطالبة بالبطل لأنه لا يدعيه وإن قاله بحسب مني حديثا فقال له بل عتيقا فالقول قول الناصب لأن الاجل عدم وجوب الحديث والمالك المطالبة بالتسليم لأنه دون حقه

(فصل) وإذا باع عبداً فادعى الإنسان على البائع أنه غصبه البطل وأقام بذلك بيعة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بثمنه وإن لم تكن بيعة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كالموالات به بيعة وإن أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لأنه لا يقبل إقراره في حق غيره ولزم البائع قيمته لأنه حال بينه وبين ملكه وبقر البطل في يد المشتري لأنه ملكه في الظاهر وللبائع أحلافه ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لأنه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة البطل لأنه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمة كالموالات لي عليك القبول من ثمن مبيع فقال بل اتفق من قرض وإن كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لأنه لا يدعيه ومتى عاد البطل إلى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وإن كان إقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لأنه يملك فسخه قبل إقراره بما فسخه، وإن أقر المشتري وجده ولم يرد البطل لم يقبل إقراره

توقفه عن إيجاب الإجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحسك مات قبل أبي عبد الله بمشرين سنة. واحتج من لم يوجب الإجر بقول النبي ﷺ «الحر أجب بالضيان» وضمانا على الناصب ولأنه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملكه أنه ما لو رزنا بغيره مطاوعة

ولنا إن كل ما ضمنه بالائلاف في النقد القاسم جاز أن يضمه بمجرد الائلاف كالأعيان ولأنه أنلف متقوما فوجب ضمانه كالأعيان أو يقول مال متقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الناصب لأنه لا يجوز له الاتفايع بالمنصوب بالإجماع ولا يشبه الزنا لأنها رخصت بالائلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي الموش فمجانا من أماره داراً ولو أنكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تشبه الإجارة كالقار والياب والسواب ونحوها قائما الثمن والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لأنها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارياً ولم يملكها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لأن منافع البضع لا تختلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها لأنها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعة لأنه لا عوض له لكن عليه ضمان قصه

(مسألة) (وان تلق المنصوب فعليه أجرته إلى وقت تلقه) لأنه بعد التلف لم يبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أنلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه باليمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري يئنه بما أقر به قبلت وله الرجوع باليمن، وان أقام البائع يئنه اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل يئنه لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان أقام المدعي اليئنه سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يحجر بها الى نفسه فعلاً وان انكراه جيماً فله اختلافها ان لم تكن له يئنه قال أحد في رجل يجحد سرقة بينها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وان كان المشتري أعنت العبد فأقرا جيماً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقها العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكنا بالحرية فلذلك تضمن أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجعه على المشتري لانه أتلفه وان رجعه على المشتري لم يرجع على البائع الا باليمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

(مسئلة) (وان غصب شيئاً فمجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده وفيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع بيدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الناصب الحكيمة كالطح وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الناصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، قما ما اختار المالك ابطاله وأخذ العقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته في القضاء بطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والموض نمائه وزيادة له والحكم بطلانها يمنع ذلك

(مسئلة) (وان أنجز بالدرهم فالربح للمالك)

اذا غصب أماناً فأنجزها أو عروضاً فباعها وأنجز بشئها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لا تقامعهم على أنه له وإنما منقاد العبد إليه لتعلق حق الحرية به إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وإن صدق المشتري البائم وحده رجم عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما مضى

(فصل) وإذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى أني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآب عميرات أو هبة من مالكه قبل ملكه رده على لان البيع الاول والهبة باطلان وإن أقام بذلك بينة نظرت فإن كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بنتك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت من ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لما وهي تكذبه وإن لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المنصوب جنابة أوجبت القصاص فاقص منه فضائه على الناصب لانه قد تلف في يديه فإن عني عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الناصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، ويضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته كما يقدره سيده، وإن جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الناصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وإن عني عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الناصب أقل الامرين من قيمته أو أرش اليد فإن زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الناصب قيمته يدفعها الى سيده فإذا أخذها تعلق ارش الجنابة بها لانها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه نماء ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

(مسئلة) (وإن اشترى في ذمته ثم قددها احتل ان يكون الربح للناصب) وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له ، وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحنفي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه نماء ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية قددها لثلاث يتخذ ذلك طريقاً الى غضب مال الغير والتجارة به وإن خسر فهو على الناصب لانه نقص حصل في المنصوب، وإن دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وإن كان المضارب طالباً بالنصب فلا أجر له لانه متعمد بالعمل ولم يضره أحد وإن لم يعلم فعلى الناصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالنقد الفاسد

(فصل) وإن أجر الناصب المنصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع والمالك تضمن أياً شاء أجر المثل فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة (الجزء الخامس) (٥٦) (المنفى والشرح الكبير)

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت يده كما أن الرهن إذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الناصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد ودية فجنى جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه ناصب فجنى في يده جناية تستغرق قيمته يبع في الجنايتين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لأن الجناية كانت في يده وكان للمجني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجاني لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه.

(مسئلة) قال (من أتلف لذي خمر أو خنزيراً فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظاھروته)

ويسقط عنه المسمى في العقد وإن كان دفعه إلى الناصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكها تضمين من شاء منها قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الفارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كان عالماً بالنصب لم يرجع على الناصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الناصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالنصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للناصب دون صاحب الدار وهو قاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كموض الأجزاء.

(مسئلة) (وإن اختلفا في قيمة المنصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الناصب)

إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا بينة فالقول قول الناصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقر عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن اختلفا في قدره فقال غصبتي مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت اليه بالصفة ثبتت.

(مسئلة) (وإن اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الناصب وإن قال الناصب كانت فيه سلمة أو أصعب زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الحر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه أحد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذي خمر أو فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عنها قومها كنفس الأدي وقدم خمر الذي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عاملة كتب إليه إن أهل الذمة يمرون بالماشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر : ولومهم بها وخذوا منهم عشر ثمنها ، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم بيعه لا حرمة لم نجب قيمته كاللينة ، ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالرند ولأنها غير متقومة فلا تضمن كاللينة ، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريراً ثبت في حقها وخطاب التواهي يتوجه إليها فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر ، ولا نسلم أنها مضمومة بل متى أظهرت حلت اراقتها ثم لو عصمها مالزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال عديم ينتقض بالبعد المرتد فإنه مال عديم ، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنتكر المالك قال قول قوله لأن الأصل عدم ذلك ، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المنسوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب بعد تلفه قال قول قول الناصب لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدنا العبد معينا فقال الناصب كان معينا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك قال قول الناصب لأنه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وإن غصبه خراً فقال المالك تخلل عندك وأنتكر الناصب قال قول قوله لأن الأصل عدم تغيره وبراءة ذمة الناصب ، وأن اختلفا في تلفه قال قول قول الناصب إذا ادعى التلف لأنه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة بدله لأنه تضرر رد العين فلزم بدله كما لو غصب عبداً فأبق وقيل ليس له المطالبة بالبديل لأنه لا يدعيه ، وإن قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً قال قول الناصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث والمالك المطالبة بالعتيق لأنه دون حقه ، وإن اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للناصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وإن بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة)

لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض النصب أحاطهم بثواب الصدقة

عمر آثامها لآثم إذا نأيموا وتقابضوا حكماً لهم بالملك ولم تقضه وتسميتها آثاماً بجاز كما سمي الله تعالى
 عن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الحرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر منه فلان
 كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذهم ونكاح ذوات
 المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم
 فيما التزمنا تركه، وما أظهروه من ذلك تمين إنكاره عليهم فإن كان خيراً جازت إراقة، وإن أظهروا
 صلياً أو طنبوراً جاز كسره، وإن أظهروا كفرهم أدبوا على ذلك، ويمسك من إظهار
 ما يجرم على المسلمين.

(فصل) وإن غصب من ذمي خيراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم
 ردها ووجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أبنام وورثوا خيراً فأمره بإراقتها، وإن
 ألتفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إن
 الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الاتقاع به لم يجب ضمانه كليلية والدم، فإن أسكها في يده حتى
 صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم مالكه فلزم ردها إليه فإن تلفت ضمانها له
 لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الناصب، وإن أراقتها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الحل
 لانه أخذها بعد إلتافها وزوال اليد عنها.

وعنه في القطة لا يجوز الصدقة بها فيخرج منها مثله قلبي هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوال
 (فصل) قال رضي الله عنه (ومن ألتف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان يغير اذنه لا ضم في ذلك خلافاً)
 لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه تلفت عنده

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر قطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه)
 وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون إهاجها حتى ذهاباً وقال أصحاب
 الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهاباً لم يضمنها وان ذهاباً عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban
 لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن القانع سبب غير ملجئ فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب
 كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانسان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نقره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما
 حصلت بمن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نقر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله
 أو أطلق ناراً في متاع انسان فان النار ضلّا لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كسدمه
 ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه
 على من أزال المانع كن قطع علاقة قنديل فوقع فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير
 فأفلس لانه تلف بسبب فعله فاما ان فتح القفص وحل القرس فبقيا واقفين فجاء انسان فنقرهما فذهب

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أُلْفِه لم يفرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز أجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالديغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أُلْفِه أو أُلْفِ ميتة يجلبها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه، وإن دبته الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا يفعله بخلاف الخمر وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه نجس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدين.

(فصل) وإن كسر صلياً أو مزمراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أُلْفِ بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفرهما لأن سببه أخص فاخص الضمان به كالذئب مع الحافر، وإن وقع طائر انسان على جدار قفريه انسان فطار لم يضمنه لأن تنفيره لم يكن سبب فواته فإنه كان متمتعاً قبل ذلك، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره.

(مسئلة) (وإن حل وكاه زق مائع أو جامد فاذا ابتته الشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاه زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو قل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا إن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كالأخرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن وأما إذا دفعه لإنسان فإن المتدخل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وإن ربط دابة في طريق فأتفت أو اقتنى كلباً عقوراً فقروا أو خرق ثوباً ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت يده أو رجل أو فم لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعت بمحق القينات والماعز»

(فصل) وان كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها لان أخذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فان منها قتل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته بصوغه، كما كان، قيل له أليس قد هسى النبي ﷺ عن أخذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه لص عليه أحمد في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه ألتف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريره ولان في هذه الرواية انه قال بصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسر آنية الخمر قفيها روايتان (احداهما) يضمنها لانه مال يمكن الاتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما ألتف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان ألتف الكلب بغير المقر مثل ان ولع في إناه إنسان أو بال لم يضمنه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما ألتفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حياً لم يضمنه لان العادة ارساله

(مسئلة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احداهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للمقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح السجاء جبار» ولانه ألتف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

(مسئلة) (وان أجيح ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فالتفقه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفریط لانه غير متعد ولا لها سراية فللمباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاه زق فاندفق لانه متعدد بمحله ولان القالب خرج انما من الزق المفتوح بخلاف هذا، فان كان يتفریط منه أو اسراف بان أجيح ناراً تسري

يعة فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جبل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضلها كالبيت الذي جبل مخزناً للخمر (والثانية) لا تضمن لما روى الإمام أحمد في مسنده «حدثنا أبو بكر بن أبي هريرة عن حمزة بن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدية وهي الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانها وقال «اغد علي بها» ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته. وروي عن أنس قال كنت أشتري أبطلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرباً من فضيخ فأتانا آت فقال إن الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرة ما أو في ربح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي فتح الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يمس النار أغصان شجرة غيره يضمن لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لأن دخولها إليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وإن ألفت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فإن لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وإن سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لأنه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير محتج فهو كالثوب وإن دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لأنه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لأنه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلقه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

(مسئلة) (وإن حفر في قنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به، والقضاء ما كان خارج الدار قريباً منها) إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بأذن الإمام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولاً وقال أصحاب الشافعي إن حفرها بأذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الاتقاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القمود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه ولنا أنه تلف بحفر خفه في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الإمام ولا لسم أن للإمام الأذن في هذا وأما جاز الأذن في القمود لأنه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال أشبه القمود في المسجد ولأن القمود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالنصب إنما يضمن بالانلاف وإن أخذ حرّاً نجسه فأت عنه لم يضمنه لأنه ليس بمال، وإن استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وإن حبسه مدة ثلثها أجر فيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ عوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد، (والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح نصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير محبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس بالحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في النصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

(مسئلة) (وإن حفرها في سابلة لتقع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه بالمارة ونحو هذا فلا يضمن لأنه محسن بفعله غير متعمد أشبهه بأسط الحصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الإمام وإن كان بخير إذ أنه لم يضمن في إحدى الروايتين فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر فيه وقع للمسلمين أرجو أن لا يضمن والثانية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه أقتات على الإمام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية، والصحيح الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به فني وجوب الاستئذان فيه قهوت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شعث وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله إذن الإمام وعدم الإذن قال شيخنا ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لتقع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لتقع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجري حفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويمسكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها لأن مصلحته لا تتم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وإن حفر العبد بئراً في ملك إنسان بخير إذ أنه أو في طريق يضر به ثم أعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لأن الجناية بالحفر

(فصل) وام الولد مضمونة بالنصب وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا تضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الترماء فأشبهت الحر ولنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالقن ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحره فلها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

(فصل) وإذا فتح قصصا على طائر فطار ، أو حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي والضمان عليه إلا أن يكون أحدهما حتى ذبحا ، وقال أصحاب الشافعي أن وقفا بعد الحل والفتح ثم ذبحا لم يضمنها وإن ذبحا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجنا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ ، فإذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كالأخر بشرأ نجاء عبد لسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجلاً بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما فاسوا عليه لأن الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وهما حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وإن بسط في مسجد حصيراً أو علق فيه قدبلاً أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رقاً لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال أصحاب الشافعي إن فعل شيئاً من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يمتد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ولأنه فعل ما ينتفع به المسلمون غالباً فلم يضمن كمن مهد الطريق ولأن هذا مأذون فيه عرفاً لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن قاعه كالمأذون فيه نطقاً

(مسئلة) (وإن جلس في مسجد أو طريق واسع فتربه حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لأنه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لأن الطريق إنما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لأنه فعل فلا مباحاً، وقولهم إن الطريق إنما جعلت للمرور ممنوع فإن الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولأن انتظار الصلاة والاعتكاف قربة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وإن أخرج جناحاً أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجملة ذلك أنه إذا أخرج إلى الطريق الثاقل جناحاً أو سابطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه المخرج وقال (المفني والشرح الكبير) (٥٧) (الجزء الخامس)

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو فقره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت
من لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو قرر الطائر واهاج الدابة أو اشلى كلباً على صبي فقتله أو
أطلق ناراً في متاع الإنسان فإن لتار فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولأن
الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال
المانع كمن قطع علاقة قنديل فوق فانسكس وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأقلت وإن فتح
القنص وحل القنص فبقيا واقفين فجاء الإنسان ففقرهما فذهبا فالضمان على منفردهما لأن سببه اخص
فاختص الضمان به كالدافع مع الحافره وإن وقع طائر إنسان على جدار ففقره الإنسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي أن وقت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على
ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه إلى هوا الطريق فضمنه كالأبني حائطه
مائلاً إلى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولأنه إخراج يضمن به البعض
فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولأنه تلف بدوانه فضمنه كالأبني وضع البناء على أرض الطريق والدليل
على عدوانه وجوب ضمان البعض لأنه لو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو
سقط الخارج منها حسب فأنلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما تلف جميعها كسائر المواضع التي يجب
الضمان فيها ولا تال لم لم موضعاً يجب الضمان كله يعض الخشبة ونصفه بجمعها، وإن كان إخراج الجناح
إلى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما تلف به وإن كان بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه
(فصل) وإن أخرج ميزاباً إلى الطريق النافذ فسقط على الإنسان أو شيء فأنلفه ضمن وبهذا قال
أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما تلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به كما وأخرجته إلى
ملكه وقال الشافعي أن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وإن انقصف
الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لأنه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن إخراج مباح بل هو محرم لأنه أخرج إلى هوا ملك غيره شيئاً
يضر به أشبه ما أخرجه إلى ملك آدمي بغير إذنه، فأما أن أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير إذنه فهو
متعد ويضمن ما تلف به لا نسلم في ذلك خلافاً

(مسئلة) وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أنلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع أنه إن
تقدم إليه لتقصه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن

إذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل إلى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل
فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد بينائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وإن مال قبل وقوعه إلى
ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضاً لأنه بمنزلة بناء مائل في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هوا
الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه تقصه فلا ضمان عليه لأنه
لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك تقصه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فإن أمكنه تقصه ولم

لان تقيده لم يكن سبب قواته فانه كان متمتعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تقيده بشير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائيم فاندفق ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الأرض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولم يفتوا اذا ذاب بالشمس وجبان واحتجوا بأن فعله غير ملجئ والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولأن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن احالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن، وأما

ينقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المتخصص عن أحد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والتخمي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بشير فعله أشبه ما لو وقع قبله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لانه متدد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كالمال بناء مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والتخمي والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للسليين وميل الحائط ينضم ذلك فكان لهم المطالبة بازائه فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به انسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ماله أولم يمكنه نقضه، ولانه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناء مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ماله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله الامام لم يسقط عنه الضمان لان يلحق بجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة مستأجرا الدار ومرتبها ومستبرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أمكنه استرجاعها كالخير والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص، وان كان

ان دفعه المان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مستثنا ولو كان جامدا فأدنى منه آخر تاراً فأذا به فسال فالضمان على من أذا به لان سببه أخص لكون التلق يعقبه فأشبه المتفرع مع قائم التقص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين قتب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا قاسد لان مدني النار الجاء الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفعه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدور بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذا به أحدهما أولاً ثم قتب الثاني رأسه قاندق فالضمان على الثاني لان التلق يعقبه وان قتب زقا مستعلي الرأس فخرج بض ما فيه واستمر خروجه قليلاً قليلاً فجاء آخر فكفسته قاندق ضمان ما خرج بعد التنديس على المتكس وما قبله على الفاع لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تمقب فله أو تراخى والخلاف

فيها كالحلاف في الطائر في التقص

المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طوب له أو وصيه فلم يتقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان المالك مشتركاً بين جماعة فطوب اعدم يتقضه احتمال وجهين احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه قرضه بدون إذنه فهو كالمأجر والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من التقص بمطالبة شركائه وإلزامهم التقص فصار بذلك مفرطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن المالك الذي مال اليه دون غيره، وان كان لجماعة فأهم طالب وجب التقص بمطالبة كما لو طالب واحد بتقص المائل الى الطريق إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب المالك أو ابرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالخلق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لم ويلزم التقص بمطالبة اعدم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب تقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فخكه حكم المائل لانه يخاف منه التلق أشبه المائل

(فصل) ولو بني في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو الى ملك غيره قتب به شيء أو سقط على شيء أتلفه ضمن لعمديه فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بتقصه قباهه مائلاً فسقط على شيء قتب به فلا

المفني والشرح الكبير) إيقاد النار في ملك الغير. الاتفاق بسبب البيعة وضمانه على من هي يده ٤٥٣

(فصل) إذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فزول الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تقريط لأنه غير متعمداً ولا سراًية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لأنه متعمد محله ولأن الغالب خروج المانع من الزق المفتوح وليس الغالب سراًية هذا الفعل المتباد إلى تلف مال غيره وإن كان ذلك بتقريط منه بأن أجهج ناراً تسري في المادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو قتع ماء كثيراً يتعدى أو قتع الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وإن سرى إلى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراًية عدوان أشبهت سراًية الحرج الذي تعدى به، وإن أوقد ناراً فأبيست أغصان شجرة غيره ضمنها لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لأن دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرقها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وإن ألفت الرمح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائنه لأنه ليس بملكه ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقصه وكذلك إن وجبه وأقبضه وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، وإذا وجب الضمان وكان التألف به آدمياً فالهبة على ما قلناه فإن أنكرت العاقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك إن أنكر وأطالبته بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا يثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما ألفت البيعة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فيها دزن ما جنت رجلها) إذا ألفت البيعة شيئاً فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «الرجل جبار» يعني هدرأً فلما إن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فإنه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولأنه جناية ببيعة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد بإسناده عن المزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ونخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولأنه يمكنه حفظها من الجناية إذا كان راجعاً أو يده عليها بخلاف من لا يده له عليها وحديثه محمول على من لا يده له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لأنه من جناية ببيعة يده عليها فضمنه كجناية يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه امسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جنايتها رجلها لانه السبب في جنايتها فكانت عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نخسها أو نقرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكمها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها (فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منهما لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منهما صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتماعهما وان كان معهما أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى بدأ وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجلل المقطور على الجلل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجلل المقطور على الجلل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن أبي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشد

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفتها كالعبد اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المعجم جرحها جبار» يعني هدرأولائها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن محينة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسل فهو مشهور حدث به الائمة الثقة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان المادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلا وطاعة أهل الحوائط حفظها نهراً دون الليل فاذا ذهب ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) إذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، وإذا استمار من رجل بهيمته فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عن المستعير سواء أتلفت شيئاً للمالك أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وإن كانت البهيمة في يد الراعي

وإن تلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض أصحابنا إنما يضمن المالك ما أتلفته ليلاً إذا فرط بإرسالها ليلاً أو نهاراً أو لم يضمنها بالليل أو ضمنها بحيث يمكنها الخروج أما إذا ضمنها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها لأنه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين (١) كدافية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع فإن فعل ف عليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

(فصل) فإن أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح أنه قضى في شاة وقت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (أذ تفتت فيه غم القوم) قال والتفتش لا يكون إلا بالليل وعن الثوري يضمن وإن كان نهاراً لتفريطه بإرسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «الحجاء جرحها جبار» متفق عليه أي هدر وأما الآية فالتفتش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) إذا استمار بهيمة فأتلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضمانه عليه سواء كان المتلف للمالك أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلفت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لأن اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كاللستعير، وإن كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن أيضاً لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه لأنه قتله بالدفع الجائز فلم يجب ضمانه فإن كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً ولا يضمنها إذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة يضمنها لأنه أتلف مال غيره لأحياه نفسه فضمنه كما مضطّر إذا أكل طعام غيره وكذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لأنه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل ولنا أنه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالمبدول لأنه حيوان جازاً اتلافه فله يضمنه كالأدمي المكلف ولأنه

فالتفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لان اتلافها للزرع في النهار لا يضمن الا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالسكير، وان كان الزرع لملك فان كان ليلاً ضمن أيضاً لان ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه البعد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقتل نفسه عليها فأت بها وقارق المضطر فان الطعام لم يبلغه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل خصته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله لياكله في الخنصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا : والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أبحث دمي لم يباح مع أنه إذا صال فقد أبيع دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفيتان فترقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفيتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فان كان القيان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من قس ومال كالفارسين إذا تصادما وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجبين لانهما في أيديهما فضنا كما لو اصطدما قارسان لقلبة الفرسين لما

ولنا أن الملاحين لا يسيرون السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة وبخاف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وان كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وان اختلفا في تقيط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فلي كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره ان شاء الله تعالى والتفريط ان يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الاخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يبدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكلل آلتها من الرجال والخيال وغيرها

(مسئلة) (وان كانت أحدهما منحدره فلي صاحبها ضمان المصدرة إلا أن يكون عليه ريح

فلم يقدر على ضبطها)

مق كان قيم المنحدرة مفرطاً فلي ضمان المصدرة لانها تحيط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصدرة بمنزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقا جميعاً فلا شيء على المصدد وعلى المنحدرة قيمة المصدرة أو ارش ما تقصت ان لم تلتف كلها الا ان يكون التفريط من المصدد بان يمكنه المدول بسفينته والمنحدرة غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصدد، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن حاجت ريح أو كان الماء شديد الجربة فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فان كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالنصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر انه غصبه يوم الجمعة لم تم اليقنة وله أن يحلف مع أحدهما ، وان شهد احدهما انه اقر بالنصب يوم الخميس وشهد والاخرى سائرة فلا شيء . على الواقعة وعلى السائرة ضمان الواقعة إن كان القيم مفرطاً ، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الفرق فالتى بعض الركبان منعه لتخلف وتسلم من الفرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره ، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره القى متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلتزم ضمانه ، وان قال القه وأنا ضامن له أو على قيمته لزم ضمانه لانه أتلف ماله بموضع لمصلحة فوجب له الموضع على من ألزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه . وان قال القه وعلى ركاب السفينة ضمانه فالتقاء فنيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه ألزم ضمان جميعه فلزمه ما ألزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربح متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وإنما أخبر عن الباقيين بالضممان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمن ، وان ألزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل ، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القى متاعي وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال القى متاعك وعلى ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقي فالتقاء فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً وبهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان السبيد ودية الاحرار على عاقلة وان كان عمداً خطأ مثل ان اخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحاً أو يصلح مسباراً فقتل موضعاً فهو عمداً خطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلاً مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يردده فاشبهه بالورى صيداً فاصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً الخطأ فيه ما فيه

﴿مسئلة﴾ (وان كسر مزاراً أو طنبوراً أو علياً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر أنه أقر بعضه يوم الجمعة ثبتت البيعة لأن الإقرار وإن اختلف رجح إلى أمر واحد، وإن شهد أنه أقر أنه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر أنه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة أيضاً، وإن شهد له واحد

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم بيع الحر والميتة والخزير والاصنام » متفق عليه، وقال عليه الصلاة والسلام « بعت بمحق القينات والممازف »

﴿ مسألة ﴾ (وإن كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فإن منها نقل عنه فيمن هشم على غيره أريق فضة عليه قيمته يصوغه كما كان، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر أريق فضة لا ضمان عليه لأنه ألتف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية منها أنه قال يصوغه ولا تحل صناعته فكيف يجب؟

﴿ مسألة ﴾ (وإن كسر آنية خر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدينة وهي الشفرة فأتيتها بها فأرسل بها فأررفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بإصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الحر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته رواه أحمد، وروي عن أنس قال كنت استقي أبا طلحة وإبي بن كعب وأبا عبيدة شرباً من فضيخ فأنا آت فقال إن الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة قم يا أنس إلى هذه الدنان فأكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة أكلها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لأنها مال يمكن الانتفاع به وحمل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميت الذي جعل مخزناً للخمر

(فصل) إذا غصب أرضاً فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب فإن كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغير مالكها إلا بإذنه لأن ملك مالكها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير إذنه كما لو كانت في يده . قال أحمد : في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها أحد إلا بأذنهم ، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال أحمد : لا بأس برعي الكلا في الأرض المنصوبة وذلك لأن الكلا لا يملك بملك الأرض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في دار طوائفها غصب لا يدخل على والديه لأن دخوله عليهما تصرف في الطوائف المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد

وحلف معه ثبت النصب فلو كان الناصب حلف بالطلاق انه لم ينصبه لم نوقع طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله اعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يدمن انتقلت اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فاروي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يقم معهم ولا بدع زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ونقل المرذوي عنه أكره الشيء على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا الشيء عليها، قال أحمد لا يدفن في الأرض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بنير لأنهم وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم محملهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم بمنهم القعود فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الآن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجم الناس اليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه من الامانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صحت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فاليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصب من الناصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكا والناصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته أما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الناصب الاول لانه ربما طالب بها فادعاه مالكا باليد والا فالواجب ردها على مالكا وقد صرح بهذا في رواية عبدالله في رجل استودع رجلا الفأخاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انزاع حصة شريكه من يدمن شريكها وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فاروي جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به وللبخاري: أما جمل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه وسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. والبخاري: أما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط . والمعنى في ذلك ان احد الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه ويمكن من يبيع لشريكه وتخليصه بما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضرارا بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الا آثارا ثابتة والاجماع المتقدم قبله ، والجواب عما ذكره من وجوب (أحدهما) انا لشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفردا في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقبل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ويمكن من يبيع لشريكه وتخليصه بما كان يصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضرارا بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لمخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المتقدمة به، والجواب عما ذكره من وجوب (أحدهما) انا لشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفردا في ملكه فالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقبل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

(مسألة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سألته عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجه ذلك ان الشفعة ثبتت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتنا الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو عثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا يتخذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاق من درب آخر خاصة، وقال الشيرى وسوار ثبتت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصفة (١) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل
بالصاد وفي صحيح
البخاري بالسين
ومناه القرب يعني ان
الجار بسبب قربه أحق
بالشفعة

وهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر بن مخنف الله بخدعه، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشتري شقصاً بألف ثم يرثه البائع من تسعة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراصة أو جوهرة معينة أو سلامة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء هذا قل وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد الميم وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذ به الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع اليه فلم يحز كما لو يكن حيلة

قال « جار الدار أحق بالدار » رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر « الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحد » وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك بدوم ويتأبد فثبت الشفعة به كالشركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها » رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، ويان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة قال الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلتها * لأمن دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيّة الأحاديث في أسانيدها مقال فحديث سمرة برويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي رويناه وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بقمار » ومن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره فجعل إدخال الفرس الحلال قماراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى الحلال فيه وهو كونه بحال محتمل أن يأخذ سبقهما وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لمن الله اليهود أن الله لما حرم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا منه » متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت فردة بحيلهم فانه روي عنهم أنهم كانوا يصبون شياهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جباباً ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والحجاب فيدعوها إلى ليله الأحديث أخذونها ويقولون ما صطدنا يوم السبت شيئاً فسخمهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خافها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليستظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لمسلم ولأن الشفعة وجعت للضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جارا قال الشاعر

أجارتنا بيني فانك طالق كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لا شراكهما في الزوج قال حماد بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنيتها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً
إذ اثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من هر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يخف انما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان بين المنكر هنا على القطع والبت ومساائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لاعلى التحريم لانه يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى
(فصل الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) ثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والفراش يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ولا يعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التجبل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أو لا فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله ، اذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائه ما يماوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه الفأ فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الفرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الفرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بشئ قيمته ، وفي السادسة على البادي منها بالهبة لانه قد لا يجب له الا آخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا محل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إما رضي بالمقد للتواطؤ فمع فوائده لا يتحقق الرضى به

(مسألة) (ولا تثبت إلا بشروط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تنجب في المنتقل هبة أو صدقة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن أقدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا ثبت فيه الشفعة بما ولا مفردا وهو الزرع والثمرة الظاهرة بتابع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة بما كالبناء والفراش. ولنا أنه لا يدخل في البيع بما فلا يؤخذ بالشفعة كتمش الدار وعكسه البناء والفراش، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة لأنها تقع في البيع فأشبهت الفراس في الأرض وأما ما يعم مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والفراش إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والأوزاعي والنبهري وقادة وريدة وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والفراش وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنه أراغمه أعظم ضرراً من أخذه من لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في مناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيته وفي غيره يأخذه بقيته فانتزعا
 ﴿مسألة﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصدّاق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المتقل بموض على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بموض هو مال فلم ينتقل إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عند عدم فإنه ينقذ بها التسامح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بموض غير المال نحو أن

«الشفعة فيها لم يقسم» ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيها لا ينقسم المبلغ منه فيها يقسم ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال «الشفعة في كل شيء»

ولنا أن قول النبي ﷺ «الشفعة فيها لم يقسم» فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول

إلا ما ذكرناه وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» ولأن

هذا مما لا يتناقى على الدوام فلا يجب فيه الشفعة كصبرة الطعام، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو

في الكتب الموثوق بها، والحكم في التراف (١) والدولاب واناغورة كالحكم في البناء فأما أن يعت الشجرة

مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولأن هذا

مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا يجب الشفعة فيها بحال لأن القرار تابع لما فإذا لم يجب الشفعة

فيها مفردة لم يجب فيه تبعها، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته

لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لكونه

لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة لأن له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام

الصغير والرحى الصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والعراس الضيقة فمن أحد فيها روايتان (أحدهما)

لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يجعل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارقي

لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب

الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد يجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث

المكيني ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه عقار مملوك بمقد معاوضة أشبه البيع. ووجه الأول أنه مملوك

بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتمتع أخذه بمهر المثل لا تالوا أو جينا مهر المثل لقومنا

البضع على الأجانب وأضررتنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة

ويعتق أخذه بالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيعتذر أخذه، وفارق البيع

فانه أمكن الأخذ بموضه، فإن قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع

رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته وإن طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته

لأن ملكها زال عنه فهو كما لو باعته وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم فقيه وجهان (أحدهما) يقدم حق

الشفيع لأنه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لأنه ثبت بالنص

والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا إجماع. فأما أن عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف

الشقص لم يستحق الشفيع الأخذ منه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالأدب بالعب

وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص إلى العاقد كرده بيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لنبن

(١) بتشديد الراء

والثوري وابن مريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيايقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لاشفعة في قناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رد مسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لاشفعة في بئر ولا لخل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لأجل انشيع فيتضرر البائع وقد يتمتع اليهم فنسقط الشفعة فيؤدي لإثباتها الى قضاها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده، قلنا إلا أن الضرر في محل الوقاق من غير جذس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى أحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التمديد وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوقاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الاتفاح به حاما فان الشفعة محبة فيه، وكذلك البئر والدور والمضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيأ كالبر ينقسم بترين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر يياض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصيين وجبت الشفعة أيضا لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يسم فثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في اليوم ثم تقايلا فله الأخذ بها (فصل) فإذا جنى جنائين عمداً وخطأ فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي تقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الأخذ بها تبعض للصفقة على المشتري

ولنا أن ما قبل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه مالو أراد أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

(مسئلة) (الثاني أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينقر دكل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يتمكن من إبقائها حتى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً إلا أن أثبات ذلك بضر بالمشتري لأن الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان ممراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض مشتركة تخضع للقسمة فوجب فيه الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر مع ما في الأخذ بالشفعة من تقويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يحز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهبز الجار وصحبه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود مقتضى وعدم الممانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لأن في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً متقلاً بموض وأما المتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والأرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وبريعة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن التذرو وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو خنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ ثبوت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة وقال السبكي وسوار ثبتت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبة» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الجار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به إذا كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» وقال حديث حسن ولا به إصال ملك مدوم ويتأبد ثبوت الشفعة به كالشركة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وتمت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو عنها قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى مدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المنتقل بهية أو صدقة أن فيه الشفعة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فأنزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولنا انه انتقل بشير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بشئ لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا. فاما المنتقل بموض فينقسم قسمين (أحدهما) ما عوضه المال كالسيم فهذا فيه الشفعة بشير خلاف وهو في حديث جابر قال باع ولم يؤذنه فلو أحق به. وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنایات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بموض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاء وجهه عبارة عن البيع خاصة عندم فإنه

فلا ثبت فيه ، ويان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح محلها لا أتم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك ، وخبرنا بحجج صريح فيقدم وبقيّة الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عداه من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لا شترتا كما في الزوج ، قال حماد بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فبين لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ،

ينعقد بها التكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يحمل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الحرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لنفي البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارثي المكي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لا تنا لو أوجينا مهر المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسأح الناس فيه في المادة بخلاف اليسم وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو مئة في طلاق أخذته الشفيع بمهر المرأة وهو قول المكي والشافعي لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه برض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بقصد معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه مملوك بنير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتم أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك وبالقائمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالوروث فيتعذر أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبهه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه أمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد دفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن عين المنكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه لم يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم الميسم فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كاللحام الصغير والبئر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والعصاة والعراس الضيقة في إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال يحيى الأنصاري وسعيد وريمة والشافعي. والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر النصوص العامة ولا ن الشفعة تثبت لآل الضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا شفعة في قناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، ورواه أبو الخطاب في ردوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا خل، ولان إثبات الشفعة في هذا بضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى قبيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا يقسم، قولهم إن الضرر هنا أكثر تأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوقوف من

وان طلقها بعد أخذ الشفعين رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالمالك باعته، وان طلق قبل علم الشفعين ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفعين مقدم لان حقه أسبق لانه يثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنسب والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفعين ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفعين الاخذ منه وكذلك ان جاء النسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفعين اخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفعين كالرد بالبيع وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بسبب أو مقابلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لئلا يرد وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها بيع فثبتت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفعين حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جئنا جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي تقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجه أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبويض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه فوجبت فيها يجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيماً وهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق العامة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوقاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق، فاما ما أمكن قسمته بما ذكرناه كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستضر بالقسمه وأمكن الانتفاع به حتماً فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والمضائق متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبريق يقسم بترين يرتقي الماء منها وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحبران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرّد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منها ما لا يتمكن به من ابقائها رحي لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا يمت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان عمراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة فتمثل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال

يطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعيض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا مالا تقع فيه فأشبه ما لو أراد أحد الشفعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شفعين فاختياره الصلح سقط القصاص وتمت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها او لا أحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائت. أولها لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما بقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالذهبيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالمقد بغير رضائه ويوجب الهبة عليه ويقوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يحز كالموكان الخيار للبائت فالتا إنما منعت من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تعريق صفته وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض فلم يحز كما لو كان التريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها، والقول في دهلج الدار وصحته كالتقول في الطريق المملوك، وان كان لصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود مقتضى وعدم المانع، والصحيح انه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر **(مسألة)** (ولا تجب فيها ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن

الغراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في أحد الوجهين)
وجه ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تنبؤ على الدوام ويدوم

ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا يعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضائه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار **(القسم الثاني)** مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويبيع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغراس

عين مالهما وهما في نظر الشرع على السواء، وقارق الرد بالعيب فانه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفعين فان باع الشفع حصته في مدة الخيار طالما بيع الاول سقطت شفعته وثبتت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه ثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منها وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على نفي خروج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول وللمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفعين من مشتريه لانه كان شريكاً للشفيع حين يبعه

(فصل) وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بشئ المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا انه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المهرن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أوليهم فان كان لوارث بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع، وهل يصح فيما عداها؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والفراس، يحقق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلم غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تبع في البيع فأشبهت الفراس في الارض فان بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان بمن يتقل كالحيوان والنبات والسفن والحجارة والزرع والثمار أولا يتقل كالبناء والفراس اذا بيع مفرداً وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروى عن الحسن والثوري والاوزاعي والسنبري وقادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في التوب، قال ابن أبي موسى وقد روى عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن احمد ان الشفعة تجب في البناء والفراس وان بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض لقوله «فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة. ويصح فيها يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ لأن الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لأن البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويوقف على إجازة الورثة لأن الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فإن أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن وإن ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيها بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردم لأن حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك إبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى المبيع إذا رضي الشفيع به (الشم الثاني) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فإن لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ به بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنعه منها كون المبيع مسترخساً وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو رهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولأن هذا مما لا يتباقي ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انقراف والدولاب والتاعورة فالحكم في البناء، فأما أن يمتد الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من الأرض فتحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لأنه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لأن القرارات ما لها فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وإن يمتد حصه من علو دار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك لأنه بناء مفرد لكونه لأرض له فهو كالوالم يكن السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لأن له قراراً أشبه السفلى

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وإن طال فإن أخر الطلب سقطت شفعتها)

ظاهر المذهب أن حق الشفعة على الفور أن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالموائمة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والأوزاعي وإبي حنيفة والسنبري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى بفوق أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكاً قال تقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لما لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، ويان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع فإن أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تألو أنبتاها جعلنا للموروث سبيلا الى اثبات حتى لو ارثه في المحاباة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موزونه فافترقا، ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (الثالث) أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إصالح المحاباة الى الوارث وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل بطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للمورث المحاباة إنما حصلت لغريمه ووصلت اليه بحجة الاخذ من المشتري فأشبهه بهبة غريم الوارث (الوجه الرابع) ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحاباة لان المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحاباة وهذا فاسد لانها محاباة لأجنبي بما دون الثلث فلا تطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو ملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان انتمن والشقص معلومين ولا يقتصر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل الملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى واثوري ان الخيار مقدور بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث حدها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه وفي لفظ «الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها» وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد باليب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بمائة خشية أخذه منه ولا يدفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تب قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد باليب. اذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو حنيفة فتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا بطلت شفيعته وهو ظاهر كلام الحرقى وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكره يبطل بخيار الرد باليب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لم يضر بطلت شفيعته وان أخرها لم يضر مثل أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصباح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغلاق

مالكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كآخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنس والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد باليب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فلا يملكه بالاخذ كالغنائم والمباحات وبالفقير الدال على الاخذ لانه يبيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاقبل بالفقير الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد اياها لا يصح لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالمقو بعد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفيعان فطلب الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فإنه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهراً والمفهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمتراجع المبيع لميب في ثمنه أو الثمن لميب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالموضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائنه أخذه منه وكان كآخذ من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان المقدر يلزم في بيع

باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدا في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفعتها لان العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشغاله فان شفعتها تبطل بترك المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فامنع غيبته فلا كان العادة تقديم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كالأمكنة أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فيفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك الشنة لان في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا تحيوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالتفجرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملة الدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا فان اشتغل بكلام آخر أو سكت انبر حاجة بطلت شفعتها لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سار في طلبها فملى وجهين)

متى علم الغائب بالييم وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعتها سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وهو ظاهر قول الحرفي وهو وجه

العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس التقدير فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبنا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بمقتضى حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فانكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع حكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون الهدية عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان الهدية وقد حصل من البائع فلا قاعدة في الحاكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منه في قبوله من غير غيره وجهنا

للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا أنه قد يترك الطلب العذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفته كتارك الطلب مع الحضور وقال القاضي إن سار عقيب طعه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد الم قدر السير فإن مضى الاجل قبل أن يطلب أو بيعت بطلت شفته وقال الشافعي له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه إلى القهارة وقد ذكرنا وجه القول الأول

(فصل) فإن أخر الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الحارثي أن الشفعة بطلت وقال القاضي تبطل إذا قدر على السير وأخبره وأن لم يقدر على السير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بهام قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن لهم فيها إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفته لأن له غرضاً في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه بكلفته وقد يكون له حوائج وتجارة يتقطع عنها وتضييع بيئته .

بخلقه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو المشتري والمشتري يقول لا استحقه فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري إما أن يقبضه وإما أن يبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفع ثمناً أما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما للمشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والغبري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيل أن كان يحمل لزمه غرم وإن كان بغير حمل ففيه منة ويخاف الضرر من جهته فاكفني بالأشهاد قما إن ترك السفر لمجزئه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفעתه وجهاً واحداً لأنه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) يجب الشفعة للتائب في قول الأكرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن النخعي ليس للتائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبتي إلا للتائب القريب لأن أئمتنا يضر بالمشتري ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فريشيت كالأثبت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجدسيه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالآثر ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأنه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالأرد بالميب ومتى علم بحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والا بطلت شفעתه، وحكم المريض والمجنون ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) (فإن ترك الطلب والأشهاد لمجزئه عنهما كالمرض والمجنون ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفעתه)

أما إذا كان مريضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والالام القليل فهو كالصحيح، وإن كان المريض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من غفو أو مطالبة بفسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكا قال تنقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ويان عدم الضرر أن التفع للمشتري باستئلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ما روى ابن السكيت عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل المقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كمنشأة المقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور خيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع وبمنعه من التصرف بهارة خشية أخذه منه ولا يدفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارها في الغالب أكثر من قيمتها مع نصب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام يحكم لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالجلس وهو قول أبي حنيفة فحق مطالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالتبض حالة العقد. وظاهر كلام الخراقي أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر

يمنع المطالبة كالمطالبة وأشباهاها فهو كالفائب في الاشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظلماً أو بدين لا يمكنه أدائه فهو كالريض وأن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه وهو قادر عليه فهو كالمتطوع إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفعته

(فصل) فإن عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفعته بغير خلاف لأنه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب بالشفعة أن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لعذر عذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالبرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم يلزم شهادتهم كالأطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل لأن اشهاد لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبه المدلين، ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في اثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لأنه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبه الحاجز عن الاشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على اشهاد واحد فأشبهه أو ترك اشهاد

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفעתه، وهذا ظاهر كلام أحد وقول الشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكره يبطل بخيار الرد بالميب، فلي هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفעתه، وإن أخرها لعذر مثل أن يعل ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها أو يشهدها في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفעתه لأن المادة تقدم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفעתه تبطل بترك المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن المادة تقدم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم المادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا يحيوه» ثم يعالاب وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمنفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن النقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه لما قدمه (فصل) فإن أجره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان الخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارم زيادة في الثمن أو نقصاً في الميسر أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعتي) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه لم يرضى

ولنا أنه تركها للعذر فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يسجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك إن ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك إن كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو أنهما تبايما بدفانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبا إن كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لأنهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه له وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بمرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة لإنسان دون غيره وقد يحابي أنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولها حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفעתه . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا يقوم به اليقنة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة قبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه محتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وانكاره ولان الشهادة يارضها إنكار المتكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والبعد كالحرق وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والبعد والحركة كالرواية والاخبار الدينية والبعد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر (فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بنصفه أو أنه اشترى الثلث بثلثه فبان أنه اشترى هو وغيره أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيتترك لذلك فلم تسقط شفעתه كالمظهر أنه اشترى بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشترى بثمن فبان أنه اشترى أكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بمضه سقطت شفעתه لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرض بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع بخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان الخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبهه قول الطفل والمجنون ، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا يقوم به اليقنة

(الفتي والشرح الكبير) أحكامها اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع به القدر ٤٨١

وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يخلف ما سلت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورخصي

ولنا أنه تركها للمذرك أنه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك أن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنها ثيابا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبان دنائير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحبه أن كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان فاشبهنا الثياب والحيوان ولأنه قد تملك بالتد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فتركه لعدم ملكه، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بمرض أو بمرض فبان أنه بنقد أو بنوع من المرض فبان أنه بغيره أو اشتراه بمشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة إنسان دون غيره وقد يحايي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك أن أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بنصفه أو أنه اشترى النقص وحده فبان أنه اشتراه هو أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط النصفة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيها أبطنه دون ما أظهره فترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه، فلما أن أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بنصفه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة قبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وقارق الشهادة فانه محتاط لها باللفظ والحجاس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولأن الشهادة يارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والبد كالحر وقال القاضي هما كالفاسيق والصبي وهذا مذهب الشافعي لأن قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والبد والحر كالرواية والاخبار الدينية والبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر

(مسئله) (وان قال الشفيع للمشتري بني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته)

لأنه يدل على رضاه بشرائه وتركه الشفعة وإن قال صالحني على مال سقطت أيضاً وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض بأسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة بقيت الشفعة ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت التزك المرضي به ولم يثبت عوض كما لو قال بني فلم يبيعه ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين فإن صالحه عنها بموضع لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز كإخذ الموضع عن عمليك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيها أبطله أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى (فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعة لان ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعة لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لمذرفأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلاً باستحقاقها بطلت كالرد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري بعتي ما اشتريت أو فاسمى بطلت شفعة لانه يدل على رضا بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لانه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعتي فلم يده ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لانه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله وأما الخلع فهو مساواة عما ملسكه بموض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعة لان ذلك ليس بمنزلة ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعة لانه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لانه تركها لمذرفأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقها اذا كان مثله مجهول ذلك بطلت كالرد بالعيب ويحتمل أن لا تبطل كما اذا ادعت المعتقة الجبل بملك النسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعة) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعة بذلك سواء توكل البائع أو المشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجوز أخذ الموضع عنه كخيار الشرط وبطل ما قاله بجزار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ماله بوض وهنا بخلافه
(فصل) وان قال أخذ نصف الشقص سقطت شفته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه يمسها طلب بجميعها لئلا يكونها لا تبعض ولا يجوز أخذ بعضها ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيا لانها لا تبعض ولا يصح ما ذكره. فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا تبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالتكاح، وبخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والنفاق

(فصل) وان أخذ الشقص بثلث منصوب فيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لانه بالمقد استحق الشقص بثلثه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط التمين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئا آخر وقدر فيه ثمناً منصوباً (والثاني) تسقط شفته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه تسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه علما بذلك سقطت شفته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك بيعه، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لأنها استحققت بجميعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لا شفعة لو كمل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه لو كمل فلا تسقط شفته كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفته راضياً بتصرفه فلم يؤثر كماله وكله في الشراء من نفسه، فلي هذا لو قال لشريكه بم نصف نصيبك ففعل بثلث الشفعة لكل واحد منها في البيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وان جيل له الخيار فاختار امضاء البيع فهو على شفته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاختار امضاء المقدم أو ضمن العدة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان المقدم به فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والغو عن الشفعة قبل تمام البيع وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان وبطل بما اذا كان المشتري شريكاً فان اليمين تم به وبثبت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وان أسقط شفته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في اليمين أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تبعض فيسقط جميعا بسقوط بعضها كالكسح والرق وكما لو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي والمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الأولى وفي الثانية إذا قلنا تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيعوجان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له بملك انصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق مائة وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه منزلزل بضعف فلا يستحق الشفعة به لضفه والأول أقبح فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالمصدق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فلي هذا المشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، والبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين، فأما إن باع الشفع ملكه قبل علمه بالمبيع الأول فقال القاضي تسقط شفته أيضا لما ذكرناه ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى ميا فلم يعلم عيه حتى زال أو حتى باعه فلي هذا حكمه ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيه وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن إسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد ما معني قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « لا يحل له إلا أن يعرضها عليه إذا كانت الشفعة ثابتة » فقال ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وإبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإن شاء ترك » فلا يكون تركه معنى ولأن مفهوم قوله « فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به » أنه إذا باعه بأذنه لاحق له ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري بشير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فإنه قد عرض له عليه، وامتاعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه فإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو آخر المطالبة بمدايع . ووجه الأول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالأبراء مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل الزوج، وأما الخبر فيجتمه أنه أراد الرض عليه ليتناع ذلك أن أراد تخلف عليه المؤنة

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاؤها فبقى، وقارن ما اذا علم قان بيمة دليل على رضاء بتركها، فلي هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول قان عني عنه فلمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

(مسئلة) قال (ومن كان غائباً وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته) وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي والنبهري وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبيهقي الا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكة وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت ذلك كثبوته لمحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مائي وجدسيه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث . ولانه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بإعجاب القيمة له كما في الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال قراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالبيع

ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لا اسقاط حقه من شفته

(مسئلة) (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لجد لم الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول طامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والنبهري واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروى ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك الغو لا يملك الاخذ كالأجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جمل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالصبي، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع قان الولي يأخذ بها كما يرد بالصبي، قولهم لا يمكنه الغو يعطل بالوكيل فيها وبالرد بالصبي قان ولي الصبي لا يمكنه الغو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي الغو تضيق وتقرىط في حقه ولا يلزم من ذلك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضيق ولان الغو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، قان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يعطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا قان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحر في سواء عفا

ومضى علم حكيم في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم اليهم لمدر حكم النائب لما ذكرنا
مسئلة قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفة له)

ظاهر هذا أنه متى علم النائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في النائب له الشفعة اذا بلغه أشهدوا فلا فليس له شيء، وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عنده فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب المذموم وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن بين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفته كترك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتدل أن لا تبطل شفته لان ظاهر سيره أنه لطلب وهو قول أصحاب الرأي والنبهري وقول الشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفته وقال النبهي له مسافة الطريق ذاهباً ورجائاً لان عنده في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج منه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحزقي ولا خلاف في أنه اذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفته لا تسقط لانه مذكور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم يفد سواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكام بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يمكن فلم تسقط بترك غيره كالنائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ العصبي أو لانه ليس للعصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ما له فعله فلم يحجز للعصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل ما للعصبي فيه حفظ صح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بفعل الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك الغو عنها كمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان المالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للعصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصة أو ضمن المثل والعصبي ما يشتري به المقارن لم يملك الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للعصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك الغو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها العصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جمل لا إزالة الضرر عن المال فملك الولي كالرد بالعيب

لمذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتناخير الطلب للشفعة ان كان لمذره لم تسقط الشفعة وان كان لغيره سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفته بتركه لان قولهم غير مستبر فم يلزم اشهادهم كالأطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهد الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل شفته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالتركية فأشبهها السدلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدا لم تبطل شفته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه المأجور عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشبهه وأترك اشهاد (فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم آخر التقدم مع امكانه فظاهر كلام الحرقى أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفته وان لم يقدر على السير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجوب (أحدهما) لا تسقط شفته لان له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فله الصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستعرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل مالا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في إحدى الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة لولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يدفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويغنى فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والغرض الذي يشتره بزوال الشركة أو لان الضرر الذي يدفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الا يتم فباع لاحد من كسبياً في شركة الآخر فهو الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا لزامة كلفته وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بيئته والتوكيل إن كان يحمل لزمه غرم وإن كان ينير جعل لزمته منه ويخاف الضرر من جهة ما كنتي بالشهاد. فأما إن ترك السفر لجزءه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لأنه معذور فأشبه من لم يعلم وإن لم يقدر على الشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع امكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يتم المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهها فهو كالثائب في الشهاد والتوكيل وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظاهراً أو بدين لا يمكنه أداءه فهو كالريض فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها

﴿مسئلة﴾ قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني باليمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجه ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه تصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ للثمة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ للقيم بالثمة مع الحظ للقيم لأن الثمة متفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه. أكون المشتري لا يوافق ولا الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من القيم بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تهليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإن رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فالوصي الأخذ حيثئذ لعدم الثمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم الثمة، وإن بيع شقص في شركة حل لم يكن لولي الأخذ بالشفعة لأنه لا يمكن عليك بنير الوصية فإذا ولد الحل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر

(فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفعة التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط بأسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على الراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير حيثئذ وكذلك أخذ الثائب بها إذا قدم، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها الأمر بحاله لم يملك ذلك كالم يملك ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان مصراً عند البيع فأيسر بعد ذلك أن يبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط للصبي الأخذ بها إذا كبر فخبرها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً فهو كالوفاة الكبير عن شفعة

كان أحد الموضين في البيع معيماً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، ففي تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه قال شفع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفع في المقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينسخ العقدان الآخرين وله أن يأخذ بالتالي وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذ بالتالي ولا يفسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انقسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بثمنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانقسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراء بشرة ثم اشتراء الثاني بشرين ثم اشتراء الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انقسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا تعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والمزني وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفه قامة الممنى عليه فحكمه حكم النائب لأنه لا ولاية عليه وكذلك المحجور، فعلى هذا تنتظر أفاقته وأما الفلاس فله الأخذ بالشفعة والفروعها وليس لزماته الأخذ بها لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجباره على الفلولة إسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه ما واشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلق حقوق الترماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه. وأما المكاتب فله الأخذ بالترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من السيد له الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عاقبها لم ينفذ غفوه لأن الملك للسيد ولم يأذن في إبطال حقوقه، فإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن له بعد أن يأخذ لأن السيد الحرج عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فسقط بإسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه لبعضها الملب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما يجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا يجب به الشفعة فهو كالحبة والوقف على ما سذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن تصرف المشتري في النقص بما لا يجب به الشفعة كالوقف والحبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر الشافعي فسخ ذلك التصرف وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما بأن ملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفعين أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يطل حقه، ولا يتمتع أن يطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف إلى الترماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال التثاق بالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والحبة ، وحكي ذلك عن المالكي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولأن في الشفعة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة هنا يوجب رد الموضع إلى غير المالك وسلبه عن المالك فإذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فتسقط ويسقط باقيها لأنها لا تفيض، ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب جميعها ومالا يفيض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالكساح بخلاف السقوط فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فإن أخذ النقص ثمن منصوب فقيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لانه بالمقدار استحق النقص بمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملكه سقط الثمين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه بالآخر الثمن أو ما لو اشترى شيئاً آخر وتقديه ثمناً منصوباً (والثاني) يسقط لأن أخذه للنقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فسقطت الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وإن كانا شفعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرهوض).

ظاهر المذهب أن النقص المنفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والسنبري وأصحابنا وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد الرهوض اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن التيمي والشمسي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث والكنه في سرية النكاح

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فمكان على قدر الأملاك كالنكاح ودليلهم يقتضي بالابن والابن

(الغني والشرح الكبير) جعل الشقص المشفوع صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بنبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده وفيه عقد ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة

(فصل) فإن جله صداقاً أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد أنبى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة، فإن قایل البائع المشتري أو رده عليه بسبب فلا شفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها، وإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فلا شفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصاً ببدل ثم وجد بائع الشقص بالمبدع عياً فله رد البدل واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع اضراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبائمرسان والرجالة في النسيئة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الاعناق فلنا فيه منع وإن سلم فلأنه أنلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فلنهم تساووا في السبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها نظيره في مسئلتنا سوي الشفعاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فملى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فإذا غلبت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير القمار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الردفني هذه المسألة مخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير القمار بينهم أثلاثاً لصاحب اثنتي ثلثاء وللآخر ثلثه وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة وأربعها وللآخر ربعها وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً لصاحب النصف ثلاثة وأخماسه وللآخر خمساه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثنتان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجوه يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفص عيأ فردة

ولنا أن في الشفعة لإبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود المعيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشفص مبيعاً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشفص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقاء فان لم يرد البائع المبد المبيع حتى أخذ الشفيع كان له رد المبد ولم يملك استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع لإبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشفص لانه بمنزلة الناف، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة المبدفعل يراجان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يراجان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة المبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالمعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته مبيعاً لانه انما أعطى عبداً مبيعاً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يراجان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشفص فاذا قلنا يراجان فإيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع المبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعة لم يكن للآخر ألا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجه ذلك أنه إذا كان الشفص بين شفعا ترك بعضهم فليس للباقي إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراً بالمشترى بتبعض الشفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفقة انما تثبت على خلاف الاصل دفماً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة وموثة القسمة فاذا أخذ بعض الشفص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لحاقلة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفقة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعا غائبين لم تسقط الشفقة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لا نعلم اليوم مطالباً مواء ولان في أخذه البعض تبعضاً لشفقة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان عفا الشفص في يد الاول تمام مفصلاً لم يشاركه فيه واحد منها لانه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

(المنفي والترح الكير) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه إنما دفع اليه قيمة البند غير مبيع، وإن أدى قيمة مبيعاً رجح المشتري عليه بما أدى من ارشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع البقيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم القصد، وإن عاد الشقص الى المشتري يبيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس ليأخذ أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه الى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده قاذى قيمته ثم قدر عليه فانه يرد له لأن ملك المتصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص ميلاً أو موزوناً تلف قبل قبضه يبطل البيع وبطلت الشفعة لانه تنذر التسليم فتعذر امضاء القصد فلم تثبت الشفعة كالمو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالمبيع وإن كان البقيع قد أخذ الشقص فهو كالمو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وإن اشترى شقصاً بمبد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو القصد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائنه ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايين، فإن أقر المتبايان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد البند على

وكذلك اذا أخذ الثاني قوماً في يده تمام متصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فإن خرج الشقص مستحقاً فالهبة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الاخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة التائب عن المعتري في الدفع اليها والتائب عنها في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وإن امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبها أو قال آخذ قدر حقي فقيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لينذر وهو خوف قدوم التائب فينزعه منه والترك لمنزلة لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المعتري ثمناً كثيراً فترك لذلك فإن خلافه، وإن ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبه وإذا قدم الاول منها فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فإن أخذ الاول بها ثم ردهما أخذه بسبب فكذلك وهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وأما رد نصيبه بالمبيع فأشبه ما لو رجح الى المشتري ببيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجح الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلق به الشفعة

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كأنه يشارك حال القسمة لتبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه البائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى عنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يشت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بشئ في الذمة ثم قد التزم قبض مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعتساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنا فتزول عبرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقتلي فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتري فان باعه اياه صح البيع لان القاري يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان ربما ذلك الى الحاكم ومطالباه بالقسمة عن النائب فقاسمها وبقي النائب على شفيعه، فان قيل وكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا يثبت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح بيعه وحبته وغيرها وملك الشفيع ابطاله كذا هنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على النائب أخذ ثلث ما في يده أيضاً وان لم يقض انتظر النائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبى وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه بعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين تصح قسمة الشقص من ثمانية عشر منها لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث وخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تقسم قاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فتجميع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبله، فاذا قدم الثالث أخذ منه

(مسألة) قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجملة ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والنبهري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ مافيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك الفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالمعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كإيراد المعيب، قولهم لا يمكنه الفوي بطل بالوكيل فيها وبالرد بالمعيب فان ولي الصبي لا يمكنه الفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي الفو تضييع وتقریط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان الفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يطل بالنائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحارثي أن للصغير اذا كبر الاخذها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر وعبد بن الحسن وحكام بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة والثاني سهمان وتصح من اثني عشر

(مسألة) (وان كان المشتري شريكاً فالشفعة بينه وبين الآخر) ولا آخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشافعي والبيه لا شفعة للآخر لانها ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لتبر المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنها تساوي في الشركة فتساوي في الشفعة كما لو اشترى أخني بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لانا لا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ثم لا يتمتع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق التبر به ألا ترى ان البعد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهناً ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو الفو

(مسألة) (وان ترك المشتري شفته ليجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

وجهة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشيء لا يجزي ثم باعه باقية في صفقة أخرى ثم علم الشفيع
 فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما ، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفته أحد، وإن أخذ
 بالتاني فهل يشاركه المشتري في شفته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب
 أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني)
 لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء المقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غن أو كان في الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الأخذ لأنه لا يملك فعل ملاحظ للصبي فيه فإن أخذ قبل يصح ؟ على روايتين (أحدهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لأنه اشترى له مالا يملك شراءه فلم يصح كالأشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيه، ولا يملك الولي المبيع لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح فأشبهه بالزوج لغيره بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الأخذ للصبي لأنه يشتري له ما يدفع عنه الضرر به فصح كما لو استرى مبيعاً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويغنى فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ما يملكه والشخص الذي يشتريه بيزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر كان له الأخذ للآخر بالشفعة لأنه كالثراء له وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الأخذ لأنه منهم في يمه ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها لأن التهمة منتفية فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لكون المشتري لا يوافقته ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف يمه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشخص به فإذا

الأول شاركة في الثاني وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ، فإن قلنا يشاركه في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الأملاك أو عدد الرؤوس فإذا قلنا يشاركه ففأله عن الأول صار له ثلث المقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقي لشريكه وإن لم ينف عن الأول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وإن باعه الشريك الشخص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم ماله باعه ثلاثة أقس على ما ذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع هنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وأن كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكاً في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فله شريكها بالشفعة فيها، وهل له أخذ أحد التصيين دون الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأن المالك ائتمان فيها يمان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى القدر (والثاني) ليس له ذلك لأن الصفقة واحدة وفي أخذ أحدها تبويض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانت لرجل واحد، وإن وكل رجل رجلاً في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشخص كله لنفسه ولو كاله فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لأنها مشتريات أشبه ما لو وليا القدر، والفرق بين هذه الصورة (الجزء الخامس) (٦٣) (الفتي والشرح الكبير)

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فللوصي الاخذ حيثئذ لدم التهمة، وان كان مسكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بشير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفخته التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمظني ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيرها حيثئذ وكذلك أخذ النائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظ أو كان مسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط للصبي الاخذ بها اذا كبر فخسرها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفخته (فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفه لذلك، وأما المظني عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم النائب والجنون ينتظر افاقته، وأما المفسد

والتي قبلها ان أخذ أحد التضييعين لا يفضي الى تبعض الصفقة على المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

(مسألة) (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبض صفقة البائع ولتا أنها مشترىان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الاخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلتشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للآخرين مفاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا ملك سابق، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الفقير فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مفاركته في شفخته لانها لم يكن لها ملك حين يسه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس ليرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمجبور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في غيرها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تطلعت حقوق الرماء به سواء أخذه برضاه أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من السيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيده ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان السيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فلعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شفيعه ولا يرجع في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح وقتنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فأشبهه شراءه من نفسه

نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعة لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتهما له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدثما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعة فكذلك اذا لم يصف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الفبيع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعاً. فلي هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فلشفيهم السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربه السدس الثاني وخمس الثالث والمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقت ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالجوار وغير المنقسم، ولاننا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك ييم في شركته شفع فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق وإنما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها ييم وهو مما لا يجوز ييم

(مسئلة) قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجعلته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشفع المفقوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم النائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم النائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم وللثاني تسعة وللثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فالمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلاث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سمان

(فصل) دارين أربعة أربابا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شركتهم ولا بعضهم ييمض فللذي لم ييم الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانها مالكان حال اليم (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما منزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا ثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منها سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منها نصفه لانه شريك في شفعة يبع واحد وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شفعين من دارين صفقة واحدة للشفيع

المشتري قلع غرسه وبثائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبني في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله عن، وظاهر كلام الحنفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الترس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر عجرة غيره لاجل اخراج دينار منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك الشفيع كما نقص الارض الحاصل بالترس والبناء فلا يضمنه الا ذكره فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة التراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الترس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيهقي وسوار واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بني فيما استحق غيره أخذه فأشبهه الناصب ولانه بني في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بني في ملكه الذي يملك يعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قلنا عليه فانه بني في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لمرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا لبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ أحدهما على أصح الوجهين

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فله شفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث تبعض صفقة المشتري ولنا أن عقد الاتين مع واحد عقدان لانه مشتر من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به وهذا يتفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذها ويقبض الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وبأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها مما لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والشفيع على ما ذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركها لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو مندوس الشافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختار شفعة من الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا ملك قلمه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلمه ولم يذكر اصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها القراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة القراس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه أن اختار القلم لأن ذلك هو الذي زاد بالقراس والبناء ، ويحتمل أن يقوم القراس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لآخذه بالقيمة اذا امتنع من قلمه فان كان القراس وقت يلقم فيه فيكون له قيمة وإن قلم قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله ، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكبه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاصة

(فصل) وإن زرع في الارض فلشفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أن الحصاد لأن ضرره لا يباقي ولا أجره عليه لانه زرع في ملكه ، ولأن الشفيع اشترى الارض وفيها زرع لبائمه فكان له بقى إلى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثم ظاهر أمر في ملك المشتري فهو له بقى إلى الجذاذ كالزرع

(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون ماعدا متصلا كالشجر

الشفيع الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه

(مسئلة) (وإن باع شقصاً وسيماً فلشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز)

اذا باع شقصاً مشفوعاً ومنه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فإ يخلص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تبعض شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفردته والضرر اللاحق بالمشتري هو الحق بنفسه لجمه في المقد بين ما ثبت فيه الشفعة وما لا ثبت ولأن في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) (وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد إن كان تلفه

بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

إذا كثر أو ثمة غير ظاهرة فإن الشفع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فبعت الأصل كما لو رد بسبب أو خيار أو إقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالمين وفي مسثلتنا إذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائت ، وإذا أخذ الأصل تبعه بمأواه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالفلة والاجرة والطلم المؤبر والثمرة الظاهرة فهي للمشتري لاحق الشفع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري ببقاء في رؤس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفع من المشتري شراءً ، وإن فيكون حكمه حكم ماله اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلم غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفع أخذ الأصل دون الثمرة ، وبأخذ الأرض والنخيل بمحضتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسبقنا (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه لبناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم ، ثم إن كانت الاقراض موجودة أخذها مع العروة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العروة وما بقي من البناء ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والنعبري

الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كتنقصه البناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم ، ثم إن كانت الاقراض موجودة أخذها مع العروة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العروة وما بقي من البناء ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والنعبري وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال ابن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كهدم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان الشقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر . ولنا أنه تنذر على الشفع أخذاً للجميع وقد رعى أخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفع آخر ، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفع يؤدي عنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وأما قلنا يأخذ الاقراض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ماله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويغارق الثمرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن ما لمّا إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المير مثل أن الشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو بترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء . فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تمتر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كالوئلف بفعل آدمي سواء أو كالموئلف كان له شفيع آخر ، أو قول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الاقراض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ما له إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويشارك الثمرة غير المؤجرة إذا تأخرت فإن ما لها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن تقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو التبرك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الأرض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لأن الشفعة إنما ثبتت للشرع لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة
(مسئلة) (أن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما .

(مسئلة) (أن ادعى كل واحد منهما السبق فتعالفا أو تمارضت ويتأهما فلا شفعة لهما)
إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلاً متى ملكتهما؟ قالوا ملكتهما دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا أحدهما يئنه بما أعطاه قضي له وإن كان لكل واحد منهما يئنه قدم أسبقهما تاريخاً فإن شهدت يئنه كل واحد منهما يسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تمارضاً وإن لم يكن لواحد منهما يئنه سمعنا دعوى السابق وسألتنا خصمه فإن أنكرنا القول

في مسألة (قال (وإن كان الشراء وقع بين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته)

وجاءته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري باليمن الذي استقر عليه العقد لا روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق باليمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له باليمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل جهة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا قلنا ننظر في اليمن فإن كان دنائير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان قلنا الشفيع يستحق الشقص بقيمة اليمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تنجب ههنا لأنها تنجب بمثل اليمن وهذا لا مثل له فعذر الأخذ فلم يجب كما دجل اليمن

ولنا أنه أحد نوعي اليمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالثلث وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

(مسألة) (ولا شفعة بشركة الوقت في أحد الوجهين)

ذكره القاضي ابن أبي موسى وأبو بلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالجاور وما لا ينقسم ولا تأ إن قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فلملكه غير تام لأنه لا يبيع أباحة التصرف في الرقة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك يبيع في شركته شقص فوجب به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجب فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها يبيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن المامرجسي في الوقت لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها (الجزء الخامس)

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذ الشفع بثمنه لانه من ذوات الامثال فهو كالاثمان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائثل في احدهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبذل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفع الشفيع بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباينا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفع لان حق الشفع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغير يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد ، فاما إذا انقضى الخيار وانهرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعد هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفع دون الزيادة ، وان كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي ما يكون مما أخذ به ، وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفع كالزيادة ولان الشفع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولاشقة فيها ولان في الشفعة هنا لإضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بنزع عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة هنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع اسكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفع أسبق وجنبة أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يطل حقه ولا يمنع أن يطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لم يبطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفع النقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفع يطل الهبة ويأخذ النقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن لعفكذلك بعد الهبة المفسوخة

(مسئلة) (وان باع فله الاخذ بأى اليمين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)
إذا تصرف المشتري في البيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفع ، وان اضر به كزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الا كثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فلهما تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة بهذا قال الشافعي ، رخصي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص فن مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفع بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ به قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالتقد حلاً ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بشئ حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفع والقيم لا تقايل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن إلى الاجل لانه إنما يأخذ بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فحق تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالباع فلا شفع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفع في العقد فكأن له الاخذ بأيهما شاء ، وان تباع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالثاني وينسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود ، فإذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجه بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقداً آخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بثمنه ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من الثاني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا فعل في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفعين تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفعين كزيادة القدر، وما ذكره من اختلاف القدم قاتلاً لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفعين أو في ضمينه بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافهما فيها ورأى ذلك كالمشتري الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما، ومنى أخذه الشفعين بالأجل فأتى الشفعين أو المشتري وقلنا محل الدين بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب حلوله الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصاً مشفوعاً به مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما به فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفعين وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب الشفعة لثلاث تبعض صفقة المشتري وفي ذلك إضراره فأشبهه ما لو أراد الشفعين أخذ بعض الشقص، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفردهما يلبق المشتري من الضرر فهو الحق بنفسه مجتمعة في العدين ما ثبت فيه الشفعة وما لا يثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففني أخذه منه إضراره به من غير سبب يقتضيه

(مسألة) وإن فسخ العقد بسبب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع

إذا رد المشتري الشقص بسبب أو قابل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معها فإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يطل حق الشفعين بذلك وله أن يطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصاً بمبدئ ثم وجد بانه الشقص بالبعد عينا فله رد المبدئ واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفعين لأن في تقديم حق الشفعين إضراراً بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب القاضى يقدم حق الشفعين في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالاقص عياً فرد

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند إلى وجود السبب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت، وإن أرق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر قلها أن يأخذها ويقدمها الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز . يأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويخرج أنه لا شفعة له كالشفعة التي قبلها وليس له أخذها معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيها واحداً فله أخذها وتركها لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوح الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

وإنما أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ السك والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم للمشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

الشقص معياً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفع فلا قائمة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافترقا ، فإن لم يرد البائع البد المبيع حتى أخذ الشفع كان له رد البد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة الناف والمشتري قد أخذ من الشفع قيمة البد فهل يتراجعان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجعان لأن الشفع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة البد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معياً لأنه إنما أعطى عبداً معياً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجعان لأن الشفع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجعان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع البد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفع بشيء لأنه إنما دفع إليه قيمة البد غير مبيع وإن أدى قيمته معياً رجع المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارت أو غيره فليس للشفع أخذه بالبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه واقطع حقه منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بنير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عرضه كتسليم المبيع

ولنا انه تلك المبيع بموضع فلا يقف على احضار العرض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بنير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا نسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فلك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم بفضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً قلنا قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالبطل وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقيض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) فان اشترى شقصاً بعد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها إنما تثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كعدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن ، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي الى الضرر ، ولأنه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن لئلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم تسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدعه ، وقال أيوب السخيتاني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالالف ، أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع بقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو بعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم فقد الثمن فإن مستحقاً كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تمرد قبض الثمن من المشتري لاعتسار أو غيره فللبائع فسخ البيع وبقدم حق الشفيع لان بالاخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثماً فزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والنقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقله لم تصح الاقالة لأنها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان القار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسئلة) (وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه) لانه صار ملكه بأخذه .

(مسئلة) (وان استغله المشتري فأنفقه له) لأنها عام ملكه

(مسئلة) (وان أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة الى الحصاد والجذاذ)

اذا زرع المشتري الارض فله شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لا يباقي ولا أجره عليه لانه زرع في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجره كثير المشفوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أثر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزراع

قراضة او جوهرة معينة او سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشياء هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة ، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع النقص في الصورة الاولى بمشرة دنائير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد البراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من النقص بقسطه من الثمن ويحتل أن يأخذ النقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية النقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من النقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجوداً وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة النقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال اصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط بالشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يجوز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرساً بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار » وان أمن أن يسبق فهو قار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قاراً في الموضع الذي يقصده به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها واستدل اصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا تركبوا ما ارتكبت

(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) ان يكون نماء متصلاً كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة قائ الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فثبت الاصل كما لو ورد بيب أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في النقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماءه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والاجرة والطلع المؤبر والثمرة الناضرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس النخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاء وان اشتراه وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والنخل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

(مسألة) (وان قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع اليه قيمة الفراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)
وجملة ذلك أنه بتصور بناء المشتري وغرسه في النقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فستحلوا محارم الله بآذنى الحيل ، وقال النبي ﷺ « امن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعورها جلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله) والذين آمنوا وما يخادعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسح الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قرعة بحيلتهم فانه روي أنهم كانوا ينصبون شبابهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئا فسحهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لمن بين يديها وما خلفها موعظة للمتقين) قبل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا تحمل الخديعة لمسلم » ولان الشفعة وضعت لرفع الضرر فلوسقطت بالتحيل لحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنيته وحاله

اذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائهما بساري عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له وأغبر ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبيى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم النائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم النائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بمد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلم غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الحرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلعه الترس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاخراج دينار منها ، فوله ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالترس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة التراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلعه التراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيها استحق عليه أخذه فأشبهه الفاصب ولانه بنى في حق غيره بشير إذنه فأشبهه مالوك كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفا فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة القور على البائع لانه اشترى عبدا يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لانه اشترى شقصا قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لانه قد لا يجب له الآخر شيئا ، فان خالف أحدهما مانوا طاعا عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختارا ، فاما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعمل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانوا طاعا عليه لان صاحبه انما رضي بالمقد لا نواطؤ فمفواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجله أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشترته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولان الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدموى بغير بينة وبهذا قال الشافعي ، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر لزيادة فهو كالفاسد والمثلث والضامن لنصيب شريكه إذا اعتق قلنا الشفيع ليس بغارم لانه لا شيء عليه وانا يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الفاسد والمثلث والمعتق ، فاما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واصله نفي عن يمينه وبثبت ذلك بشاهد وبمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا اضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك ولانه بني في ملكه الذي ملك يمينه فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه فانه بني في غير ملكه ، ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوبا لانه لو وجبت قيمته مقلوبا لوجب قلمه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون بما لا قيمة له إذا قلعه ، ولم يذكر أسحابتنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر ان الارض تقوم مفروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما ينهها قيمة الفرس والبناء فيدفعه الشفيع الى المشتري إن أحب أو ما نقص منه ان اختار القلع لان ذلك هو الذي زاد بالفرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذة بالقيمة اذا امتنع من قلعه ، فان كان للفرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وان قلعه قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة ، وان غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذ الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(مسئلة) (فان باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين والمشتري الشفعة فيها باعه الشفيع في أصح الوجهين)

وامرأتين ولا تقبل شهادة البائم لأنه إذا شهد لشفيع كان منهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بيعة احتمل تعارضهما لانهما يتنازعا فيما وقم عليه العقد فيصير أن كان لا بيعة لهما ، وذكر الشريف أن البيعة بيعة الشفيع ويقتضيه مذهب الحنفي لأن بيعة الخارج عنده مقدمة على بيعة الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحب البيعة بيعة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع ، ويخالف الخارج والداخل لأن بيعة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البيعة تشهد على نفس العقد كشهادة بيعة الشفيع

ولنا أنهما يتنازعا في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرهما بينهما لانهما يتنازعا في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرهما

(فصل) وإن قال المشتري لا أعلم مبلغ الثمن فاقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بضمن نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلا على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فإن اشترى شقة بمرض واختلغا في قيمته فإن كان موجودا عرضاه على المقومين ، وإن تعذر إحضاره فاقول قول المشتري كإلو اختلافنا في قدر الثمن ، وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك أن الشفيع إذا باع ملكه طالما بالحال سقطت شفته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه فبعضه وخيهان (أحدهما) تسقط أيضا لأنها استحققت بجميعة ، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لأنها لا تتبع فسقط جميعها بسقوط بعضها كالحق والتكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، والمشتري الأول الشفعة على الثاني في المسئلة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له بملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق تمامه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالمصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولي . فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فاما أن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي تسقط شفته

فيا إذا ادعى جمل ثمنه ، وإن اختلفا في القراس والبنا . في الشقص قال المشتري أنا حدثته وأنكر الشفيع
 فالقول قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك
 (فصل) إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فإنه
 يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد للمكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والتمن ويدعي الشفعة
 فيه فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فإن أقر لزمه ، وإن أنكر وقال أنا انتهيه أو ورثته فلا شفعة لك فيه
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن حلف برى . وإن نكل قضى عليه وإن
 قال لا تستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار ، وإذا نكل
 وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها)
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه الحاكم
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاه دفع إليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن
 تبري . منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكتوبة فادعى أنه حرام اختار هذا القاضي وهذا
 مفارق للمكاتب لأن خيده بطلبه بالوفا . من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى
 سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف إيرا . مما لا يدعيه والوجه
 الأول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى معييا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه . فعلى هذا حكمه حكم مالهو باع
 مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفعة لانيها ثبتت له ولم يوجد
 منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فإن يسه دليل على رضاه
 بتركها . فعلى هذا للإمام الثاني أخذ الشقص من المشتري الأول فإن عفا عنه فلا يشتري الأول أخذ
 الشقص من المشتري الثاني ، وإن أخذ منه فهل للمشتري الأول الأخذ من الثاني ؟ على وجهين (أولاهما)
 أن له الأخذ لأن ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك

(مسألة) (وإن مات بطلت شفعة إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجله ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بالشفعة فإن كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل
 إلى الورثة ، قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف . والخيار إذا مات
 الذي اشترط الخيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا وإنما هي بالطلب فإذا لم يطلب فليس تجب إلا أن
 يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأنني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، روي سقوط
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي
 وقال مالك والشافعي والسنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالسب

(فصل) وان قال اشترته لفلان وكان حاضراً استدعاء الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لا تناو وقتنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشترته لابني الطفل او لهذا الطفل وله عليه ولاية فيه وجبان :
(أحدهما) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه بملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره ببيع في مبيعه، فاما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب او لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فاقراؤه بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتا جميعاً وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جعل للمليك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فاق من المبيع
(فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة والاول أصبح فانه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها. فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفته لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل والورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

٥١٨ دعوى الشفع الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه (المفني والشرح الكبير)

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب قاضي الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحق بالشفعة فصدقه فلاشفيق أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا اقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبائع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص وبطال باجره من شاء منها ويستقر الضمان على الشفع لأن المناقمة تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفع وان طالب الشفع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً فان لم تكن بينة وطلب الشفع يمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيهان فضا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته المافي فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيق مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالاجنبي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فضا أحدهما وطلب الآخر ثم مات الطالب فورته المافي ثبت له استيفاءه بالتأية عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لاشفعة لهم لأن الحق انتقل الى الترماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلقه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كثير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الترماء بل هي للورثة بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الترماء في قضاء ديونهم ، وأما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كانت للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فلاشفيق أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي ففعل الشفعين إقامة البينة أنه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لأن الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده، فإن ادعى أن المدعي يعلم أنه شريك ففعل المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لأنها يمين على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فإذا حلف سقطت دعواه وإن نكل قضى عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه أنك اشتريت نصيبك من عمرو ففعل شفعته بنصفه عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد تثبت ويقال له إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفعين منهما لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لأنه إقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ماله

من حق الموصى له فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف، ولا يستحق الموصى له بدله لأنه لم يوص له إلا بالشقص، وقد فاق بأخذه، ولو وصى رجل لآسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للموصى له إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون الموصى له إذا قلنا إن الملك يتقل إليه بمجرد الموت فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لم نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يبين ذلك بقبوله فإن قبل تبينا أنه كان له وإن رد تبينا أنه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ويحتمل أن لهم المطالبة لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) أن الأصل عدم القبول منه (والثاني) أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو نفيه فإذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويقتصر إلى الطلب منه لأن الطلب الأول يبين أنه من غير المستحق، وإن قلنا بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يأخذها وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبهه ما لو أخذها الوصي في حياته، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الوصي له فلا شفعة له لأن اليم وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفعين نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة (المغني والشرح الكبير)

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لأن الذي في يده الدار مقر بها الشفيع ولا سنازع له فيها سواء وهما من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاثني، في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فاقرقا

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألتها منى ملكتهما فإن قال ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى قدمنا دعواه وسألنا خصمه فإن أنكر فاقول قوله مع يمينه لأنه منكر فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا، وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن البيعين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد امتحق ملكه، وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

(فصل) إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشتري رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الإسلام فورته وورثته أو صار ماله ليت المال لعدم وورثته والمطالب بالشفعة وكل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فإن قتل على رده أو مات عليها تبينا ان شراؤه باطل ولا شفعة فيه وإن أسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال أبو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً، وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة اتبني على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فاشبهه شراءه لغيره، فإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على إسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب والأفلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقدان عجزاً عنه أو عن بعضه سقطت شفيعته)

وجملة ذلك أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقدان لا روى في

البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بألف لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينه بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم

ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وانا حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً فيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخير في المراجعة بثمن ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع بيمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فلا شفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري بمنع ذلك ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألفان وكنت غالطاً قبل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر ان النبي ﷺ قال « هو احق به بالتمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالتمن كالمشتري فان قيل ان الشفيع استحق اخذه بغير رضا مالكه فينبغي ان يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق اخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهية او ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب ان يكون بالعوض الثابت بالبيع ، إذا ثبت هذا فانتظر في الثمن فان كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن اضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لانها معاوضة فلم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، فقال أحد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لانها آخر حد القلة فان أحضر الثمن والا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل) وإن اشترى شقصا له شفيهان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعه لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وإعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم الثمة وبجلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالتغرل قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معا تخافا ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظراً في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة، بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعا، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبيل شهادة العافي، وإن شهد البائم بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لأنهما سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه لا يقبل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيع فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء، فلهذا فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد

بفضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا باحضار عوضه كدسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على احضار عوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الاخذ وردده إلى المشتري، وكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ قال شيخنا والأولى أن المشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكذا لو أفلس الشفيع والشفعة لا تنف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالد بالعب ولا وقف ذلك على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم لبعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الاخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا يفضي إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الفرما بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري

(مسئلة) (وما زاد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به) قد ذكرنا أن الشفيع إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه المقدر فلو تبايعا بقدر ثم غيراه

(المفني والشرح الكبير) يان ان تقسيم الشقص على الشفعا، اما يكون بقدر حصصهم ٥٢٣

لمكاتبه بعفو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لان المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له، وان شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسئلة) قال (وان كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامها)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعا، قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والعمري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحد رواة ثمانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشافعي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساروا كالبنين في الميراث وكللمعتين في سرية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالقطة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجدة والجدة مع الاخوة وبالفرسان مع الرجالة في الفتيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا قصص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التمييز في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتمييز يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد، فلما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بدمه هبة تستبر لها شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ملحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التمييز فلم يؤثر التمييز بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

(مسئلة) (وان كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالاجل ان كان مايتا والا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه به) وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بثلثين حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدم أو الثالث عن وصية أحدم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فاتهم تساوا في التسبب وهو البتة فتساوا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعة في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركا، كلهم فتأخذ منها سهام الشفعة، فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعة، على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، ففي هذه المسئلة التي ذكر الحرفي مخرج سهام الشركا ستة فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعة ثلاثة لصاحب الثلث سهران وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثاه وللآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالموجل لانه يقضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاثا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن الى الاجل لانه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلمة ليست واحداً منها فلم يبق إلا اتخير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكره من اختلاف الذمم فانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث يحفظ المال فلا يضر اختلافها فيما وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقتنا محل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأمان قياساً عليها فيعطيه الشفيع مثلاً هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبذل المرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا اشتراكهما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لأبسيها، وهل قسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو ورثاه أو اتبهاه أو وصل اليها بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى الابنتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد الصبيين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنتين وأوصى بثلثه لابنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولتحالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فلا شفعيم الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيهقي لا شفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

كما لا مثل له كالتبائب والحيوان فإن الشفعيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كالأول جهل الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن يجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لا حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذ به قيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائنه فلا يكون للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص حق المشتري

(مسئلة) (وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري إلا أن تكون للشفيعينة)

أذا اختلف الشفعيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفعيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا يزع عنه بالدعوى بغير يئنه وبهذا قال الشافعي، فإن قيل فهلا قلتم القول قول الشفعيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالفاصل

شرائه متقدمة فلا ضرر في شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء ، أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء . المشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع ، وما ذكرناه لقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشرا . هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه . والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما ينعم الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه ، ثم لا يتمتع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد الموهون إذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا مانعاً به . إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو ، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو أترك لم يلزمه ذلك ولم يصبح اسقاط المشتري لأن ملكه استقر على قدر حقه فجري مجرى الشفعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ، وكذلك إذا حضر أحد الشفعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك ، فإن قيل هذا تبعض للصفقة على المشتري قلنا هذا التبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقفا وسيفا

والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا أعتق ؟ قلنا الشفع ليس بشارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بشئ بخلاف الناصب والمتلف والمتق ، فاما أن كان للشفع بينة حكم له بها وكذلك أن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه وبثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفع كان متهما لأنه يطالب بتقليل الثمن خوفا من الدرك عليه ، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعا في واقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينهما ، وذكر الشريف أن بينة الشفع تقدم لأنها خارجة ويقضيه قول الحرق لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال أصحابه تقدم بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفع ، وبخلاف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده وفي مستثنائنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفع

ولنا أنهما يتنازعا في العقد ولا بدلما عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرهما يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا بدلما عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرهما (فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر اثنين فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراه جزا أو بشئ نسي قدره ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

(مسئلة) قال (فان ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجعلته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بتبعض الصفة عليه والضرر لا يزال بالضرر لان الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفعين واحداً لم يجوز له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفعته لانها لا تتبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالتقصص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهيبة فلم يصح لغيره من هو عليه كالمعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لانا لاننا نعلم اليوم مطالباً بالسواء ولان في أخذه البعض تبعضاً لصيقة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير إضراراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفى فيبقى الاول لان المطالبة انا وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليلاً على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بمرض واختلفاً في قيمته فان كان موجوداً عرضناه على المومنين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيها اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الفراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه فانكر فالقول قول المشتري لانه ملكه والنفع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائث بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف

فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بألفين أخذه الشفعين بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه الينة كاذبة وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به وانا حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت الينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً فقيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فان نوى الشقص في يد الاول ناء. منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لانه انفصل في ملكه فأشبهه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فنى في يده ناء. منفصلا لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقا فاعهده على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حتى فنيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لانه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيرا فترك ذلك ثم بان بخلافه، فان ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبه فإذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فان أخذ الاول بهما ثم رد ما أخذه بعب فكذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وانما رد نصيبه لاجل العيب فأشبهه مالو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ، ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل هنا أولى لانه قد قامت اليقنة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائع يقنة فتحاطا فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فان عاد المشتري فصدق البائع وقال التمن الفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به يقنة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفعان قاعدى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفو عن شفيعه لم تقبل شهادته لانه يجر الى نفسه نقماً وهو توفر الشفعة عليه فاذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لانها ردت للتمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن يقنة فالقول قول النكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص من واقتسم ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع ، فإن قيل فكيف نصح القسمة وشريكها الثالث غائب قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقامهما وبقي الغائب على شفيعته ، فإن قيل فكيف نصح مقامتهما للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح بيعه وهبته وغيرهما وبذلك الشفيع باطل كذا ههنا ، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكه غائبا أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا ، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

(فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه اقتصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز ترك الكل فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه إلى ما في يده الأول ويقتسمانه نصفين فنصح قسمة الشقص من ثمانية عشر صفا لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فأضرب اثنين

الشفيعين مائة خلفا ثبتت الشفعة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينف لم يخرج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وإن ادعى أنه عفا فنكل قضى له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين ، فإن شهد أحدهما بغير شريكه واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة وإن كانوا ثلاثة شفعا فنشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوهما قبلت وإن شهدا قبله ردت ، وإن شهدا بعد عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله قبلت في أحد الوجهين لأنها سواء عنده (وإثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وقاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولأن ما يحصل للمكاتب ينفع به السيد لأنه أن عجز صار له وإن لم يجز سهل عليه وقاؤه وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير منهم فأشبه الشهادة على ولده

(مسألة) (وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أبيته أو ورثته قال قول قوله مع يمينه فإن نكل) (الفني والشرح الكبير) (٦٧) (الجزء الخامس)

٣٠٠ إذا اشترى رجل شقصاً من رجلين فلشفيح أخذ نصيب أحدهما قط (اللفظي والشرح الكبير)

في تسعة تكن ثمانية عشر لثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة ، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فتجميع ما مضى فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الأرباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها الكل واحد منها خمسة ولثاني سمان ونصف من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً فلشفيح أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك أثلاً لتبعض صفقة المشتري . ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتري من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد فكان للشفيح أخذه كما لو أفرد بهقداً وبهذا يتفصل عما ذكرناه ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فلشفيح أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تبعض صفقة البائع ولنا أنها مشتريان فجاز للشفيح أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكرناه لانسله على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً ، فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود ولشفيح أخذ الكل أو ماشاء منهما

أو قامت للشفيح ينة فله أخذه ويقال للمشتري أما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه) وجملة ذلك أنه إذا ادعى الشفيح على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فليأخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه النقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فإذا ادعى سئل المدعى عليه فإن أقر لزمه وإن أنكر وقال إنما أهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه قال قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة من حلف برئ وإن نكل قضي عليه وإن قال لا يستحق علي شفعة قال قول من يمينه ويكفر يمينه على حسب موافق الانكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإذا أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيح إلى أن يدعيه المشتري فيدفع إليه كما لو أقره مدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع إليه (والثالث) يقال له أما أن تقبضه وأما أن تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام له رد القاضي ، وهذا يفارق المكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه ، فلا يبرئ ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيح بشئ فلا ينبغي أن يكلف الإبراء مما يدعيه والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع شقصا ثلاثة دفعة واحدة فليشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منها منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة لأن ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضا أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركتة في شفيعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركتة لذلك ويشاركه الأول في شفيعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . وبمقتضى أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كمن مالكا مملوكا صحيحا حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركتة إذا عفا عن شفيعته فكذلك إذا لم يعف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول والمشتري الأول أخذ

(فصل) فإن قال اشترته لفلان وكان حاضرا استدعاء الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وإن قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة إليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائبا أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجة إذا قدم لا تنا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك إسقاط الشفعة لأن كل مشتر بدعي أنه لغائب ، وإن قال اشترته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة بأقرار الولي عليه لأنه إيجاب حق في مال صغير بأقرار وليه (والثاني) ثبت لأنه يملك الشراء له فصح إقراره فيه كما يصح إقراره بسبب في مبيع ، فلما إن ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن ثبت بيينة أو يقدم انائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لأن الملك ثبت لها بإقراره به وإقراره بالشراء . بعد ذلك إقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء لأن الملك ثبت لها بذلك الإقرار المثلث للشفعة فتبنا جميعا وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأل الحاكم عنه ولم يطالب ببيانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذبنا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فالشفيع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وشفعة أسهم والثاني تسعة والثالث أربعة ، وان قلنا ان الشفعة على عدد الروس فالللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثالث الثالث والثاني ثلث الثالث وهو نصف التسم فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون والثاني خمسة والثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم بعض فللذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ وهل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لأنهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزول يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائع والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة يبيع واحد وتصح من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فالشفيع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه أنك بت نصيب النائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كاتفاق البائع بالبيع فاذا قدم النائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشفع لان المنافع تلفت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجح على الشفع وان طالب الشفع لم يرجح على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على النائب لان القضاء هنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه انزعاع الشقص من يده فحصل القضاء على النائب ضمنا ، فان لم تكن بينة وطلب الشفع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على النائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان لكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعه أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعه جنصيه الاول ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشارك في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرووس فاذا قلنا يشاركه فعنا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أمانه وباقيه لشريكه ، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو بقاء ثلاثة أنفس على ما شرعناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع هنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فلتشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير يئنة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فملى الشفيع إقامة البينة بالبركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي ، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت بمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فملى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فكانت على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعه فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل وورثته من أبي فأقام المدعي يئنة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن تردده الى البائع فيلخصه الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكانت شهدا بالبائع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبائع واقرار عمرو على المتكر بالبائع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لأن المالك اثنان فهما يباعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كالنو ليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لأن الصفة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعض الصفة على المشتري فلم يجوز كلوا كانا لرجل واحد ، وأن وكل رجل رجلان في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لأنهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفة المشتري ولأنه قد برضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فإن المشتري واحد

(مسئلة) قال (وعهدة الشفع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقاً فرجوعه بالبائن على المشتري ورجوع المشتري على البائع إذا وجد معيباً فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرض منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى : عثمان البتي عهدة الشفع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفع إذا أخذه من البائع فعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفع أخذاً من البائع مالكا من جهته فكانت عهدة عليه

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكة أنا بعتة إياها لم يقبل عليه في الخنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لأن الذي في يده الدار مقرها للشفع ولا منازع له فيها سواء وهما من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشيء في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

(مسئلة) (وإن كان عوضاً في الخلم والصدائق والصلح عن دم العمد وقتلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لأنه ملك الشقص القابل للشفعة يبدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسعة لا مثل لها ولاتأ لو أوجينا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لأن المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في البادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكام الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول المكي والشافعي لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن قدراً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالتمن فكانت الهبة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالتمن فله ردّه عليه بالعيب كما لمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استنقحت به .

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالتمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذ بالتمن الذي استقر على المشتري ، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذه علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كما لمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول التمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لأنه استدرك غلّامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبه ما لو رده على البائع ، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قميصين ففقد أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالتمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن نجب) لاثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لما أولاً أحدهما وحده أيهما كان ، وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البائع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فتد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزمه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كاللذهيين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب الهبة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين التمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع قائماً إنما متعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع في عين ماله وهما في نظر الشارع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الغلّامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار طاماً يبيع الأول سقطت شفعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفع منهُ ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي يذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم بالشفعة رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفع أرشه من المشتري فلم يشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فلما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعل هذه الرواية ان علم الشفع باشرط البراءة فخكه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتر فان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فخكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفع

(مسئلة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجهة ذلك أن الشفع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ، والخيار اذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة هذه الثلاثة الاشياء . انما هي بالطلب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بشئ المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لو ارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيها سواء كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فاما بيعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة محاباة الوصية في الوصية لو ارث لا يجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذ ما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من المحاباة فقتضى بما قبلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس يجب إلا أن يشهدني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي والنخعي يورث قال أبو الخطاب ويخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لالفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لا يستدرك جزء فأت من المبيع (الحال الباني) إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها، فإذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب موارثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية، وسواء قلنا الشفعة على قدر الملاك أو على عدد الرءوس لأن هذا ينتقل إليهم من موروثة، فإن ترك بعض الورثة حقه توفر الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفيعه لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع ببعض الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحماية له فإن أجازوا الحماية صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري وملك الشفعيع الأخذ به لأنه يأخذ باليمن، وإن ردوا بطل البيع في قدر الحماية وصح فيما بقي ولا يملك الشفعيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردم لأن حقهم متعلق بالبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفعيع الأخذ بالشفعة قدم الشفعيع لأنه لا ضرر على المشتري وجري مجرى الميعب إذا رضيه الشفعيع به

(فصل) إذا كان المشتري أجنياً والشفيع أجنياً فإن لم تزد الحماية على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخساً فإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحماية في حق الوارث وإن كان الشفعيع وارثاً فقيه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن الحماية وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا يجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أئتمناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في الحماية ، ويفارق الهبة لغير الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثة فافترقا . ولأصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كعذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه إلى إيصال الحماية إلى الوارث

(فصل) وإن أشهد الشفيع على مطالبة بها لعذر ثم مات لم يطل وكان لورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لأن الأشهاد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطالب
(فصل) وإذا بيع شقص لشفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورته العافي فيه أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي ، وكذلك تنفذ رجل أهمما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بإبائه عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بقذفها
(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لأن الحق انتقل إلى القرماء

ولنا أنه يبيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت إلى القرماء بل هي للورثة بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على القرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فإنه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لأن الشفعة فرع للبيع ولا يطل الأصل فرعه وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث الحباة إنما حصلت لغيره ووصلت إليه بحجة الأخذ من المشتري فأشبهه به غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحباة بجميع الثمن بمنزلة حبة المقابل للحباة لأن الحباة بالنصف مثلاً حبة للنصف وهذا لا يصح لأنه لو كان بمنزلة حبة النصف ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل لأن الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) أن البيع يطل في قدر الحباة وهو فاسد لأنها حباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يطل كما لو لم يكن الشقص مشقوقاً

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو ملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثن معلومين ولا يفترق إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملك بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل إلا بحكم حاكم لأنه نقل الملك عن مالك إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفترق إلى حكم حاكم كالرد مال لبيع وبهذا يفتض ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فملكه بالأخذ كالثمن والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الأخذ لأنه يبيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد ما لا يصح لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالمقبوع بعد

دبته فلا شفعة أيضا لأن نصيب للوروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع قد يبيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالوئلف ولا يستحق الموصى له بدل لأنه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه

ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير للموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة، ويحتمل أن يكون للموصى إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبينا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا أنه كان له وان رد تبينا أنه كان للورثة، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك، ويحتمل ان لم المطالبة لأن الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) أنه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فإنه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لأن الطلب الاول يتبين أنه من غير المستحق، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شفيهان فطالبا انشفة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فإنه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجع المبيع لم يملكه بذلك لأنه يبيع في الحقيقة فيعتبر المبيع بالمعوض كسائر البايوع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه يبيع في الحقيقة فيعتبر المبيع بالمعوض كسائر البايوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسألة) (وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين (أحدهما) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره. الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يكن الاخذ منه، ووجه الاول، أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه، فعلى هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ذلك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت

بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم الأخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى به لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته ، وفي ثبوتها للورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه (فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد قتل أو مات فله شفعيم أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء ، وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فنصرفه موقوف ، فإن قتل على رده أو مات عليها تبيننا أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر نصره غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً وقال الشافعي وأبو يوسف نصرفه صحيح في الحالين ونجى الشفعة فيه ، ومبني الشفعة هنا على صحة نصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء لشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره ، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون العهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان العهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهلا قلتم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وهنا بخلافه ، ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقرأ قبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو المشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري أما أن يقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لأحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب وإلا فلا

(مسئلة) قال (وإن اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفيعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والنبتي وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بينها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو يعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى والنبتي عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تمرد قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهة فكانت عهدة عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الثراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كالأخذ منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فلك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبايع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكة فان شاء أخذ وان شاء ترك » ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون تركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه بأذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول أنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالأبراء مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه لينتاع ذلك ان أراد فتحفه عليه المؤنة ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفخته

(فصل) اذا توكل الشفيع في البيع لم يسقط شفخته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو بئل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولأنه لو كان وكيل فلا تسقط شفخته كالآخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل إنما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الأرض لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الأرض فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه علما بعيه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبهه ما ورد على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كالمشتري فبغيرين قتال أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الأرض قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي يئذ الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم الشفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفيع أرضه من المشتري فالمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يثبت طحقه ، وان أسقطه عن المشتري وفر عليه كالمشتري بزيادة الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه إنما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفخته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بيع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل.

(فصل) وان ضمن الشفع العدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختر امضاء العقد لم تسقط شفخته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لأن العقد تم، فاشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه. ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والمفوض عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فإن البيع لا يقف على الضمان ويطل بما اذا كان المشتري شريكا فإن البيع قد تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) وإذا كانت دار بين ثلاثة مقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشتري به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجني كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها وللمضاربة خمساها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالميب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفع باشرط البراءة تحكيمه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتريين اشترطا البراءة وان لم يعلم ذلك تحكيمه حكم ماله علمه المشتري دون الشفع

(مسألة) (وان أن المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفع منه قاله القاضي قال ليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفع يشتري الشفع من المشتري فلا يأخذه من غيره، ويؤيد ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض يطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرّف فيه بنفس العقد فصار كالواقض المشتري والله أعلم

(مسألة) (ولو ورث اثنان شفعاً عن أبيهما قبض أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لا شراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ولأن الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما
(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة اثلاثاً واشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم يؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو لشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم يسقط شفعته، وإن أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لأنه لا ملك لبعض حصقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقرباً تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فلشفيح أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وإن قال أحد الشفيحين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك إن قال ما اشتريته إنما انتهت وصدقه الآخر أنه اشتراها فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع الاعتبار بالشركة لا بسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو ورثاه أو أنهاء أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ... إن رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فأت أحدهم عن ابنين فباع أحد العيين نصيبه فالشفعة بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثه لاثنتين فباع أحد الشريكين الوصيين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف بطول ذكره.

(مسئلة) (ولا شفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعبي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم يجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام «لا يجل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد باليبس ولنا ما روى الدارقطني في كتاب الملل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يخص المقار فأشبه الاستملاء في البيان بحقيقته أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعتراؤه أنه لا بيع صحيح ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لانسقاطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي فذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن لشفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فاشبه ما لو سقطت بإسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فانكر ثم صلحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه بحق في دعواه وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح منه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشراء ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم يلزمه فيه شفعة وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استنقذه بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق التبرك المسلم وليس الذي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذي لعموم الأدلة ولأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان ثبتت على الذي مع دناءته أولى

(فصل) وثبتت للذي على الذي لعموم الأخبار ولأنها تساوي في الدين فثبت لأحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فإن تبايعوا بخرم أو خترير وأخذ الشفع بذلك لم ينقض ما قبلوه، وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفع وترافوا إلينا لم يحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخرم وقتلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خيراً لأنها مال لهم فاشبه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفع ذمياً أخذه بمنزله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولأننا نه عقد بخرم فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولأنه عقد بمن عزم أشبه البيع بالخرم والنية، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرام الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وأما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لا تلتزم لما قبلوه مما يستقدونه في دينهم ما لم يتحاكوا إلينا قبل عامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فثبتت الشفعة لمن حكنا باسلامه منهم كالفاسق بالانفال لعموم الأدلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكر (الجزء الخامس) (٦٩) (المغني والشرح الكبير)

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يده مشتريه لأنه لا شريك له في شفخته ، وإن أخذ بالعقد الأول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريك في شفخته ويأخذ نصبه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريك لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسما في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة لشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعدين أخذ جميع مافي يده الثاني وربع مافي يده الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لقاء وقد صار نصف هذا النصف في يده الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادريس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كما يعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لأن الشفعة إذا لم تثبت للذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن مصر وعموم الأدلة واشتركا في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا ترى في أرض السواد شفعة لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الفايدين إلا أن يحكم بينها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لأنه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء فقد حكمه

(مسئلة) (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتره من مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربحه ثم باع ربحاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث البيع وهو نصف سدس لأن البيع كله ربع فثلاثة نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلاثة من الثاني ، ويخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ماني يده حصل في البيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك ويصير في يده اثنا عشر وهي اثلاث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعة وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بقسم الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعاً وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ماني يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بقسم الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبرك سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها ، فإن تركها فرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له ، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شقيقه ولا ربح في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح وقتلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كره المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرناه ، فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فاشبهه شراءه من نفسه

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بالقب فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فمما كالتشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أحاساً لرب المال خمساً وللعامل مثله ولرب المضاربة خمساً بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال أما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين

ثالث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثالث وهو ثلثاه وذلك تسعاً الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه السدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذ بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه لزيد ثلث شفته فيقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً وعمرو وثلثاها بشفعة ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعاً ونصف تسع تسعاً ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً ، وإن عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشتراه بينهما وبين زيد أثلاثاً وبحصل للعمرو أربعة أنساع الدار لزيد تسعاًها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيعته إياه للعمرو الآن للعمرو عفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لاجنبي ف للعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر ، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفته ، وإن أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ النصف انبثق على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه ، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفته كلها لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري ، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره ، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فلشريك أخذ السدس لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فإن قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة ، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما آهنته وصدقه الآخر إن اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح ، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لأعراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسم وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ونصف أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا وبرجع المشتري الثاني على بكر ثمن أربعة أنساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفعة في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كما لو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفعة كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باعه فيها ثلاثة أوجه أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أربعة عشر سعا زيد تسعة وبكر خمسة لان زيد السدس وبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضعفاه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عقلم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان عقلم عن بعضهم دون بعض استحق ثلثه عن سهمه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو وفو بمزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال ، وخرج الى الاملا ،

اليوم وقال لاشفعة لي لذلك توفرت على الآخر ، وان اعتقد ان له شفعة وطالب بها فارتفع الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق (فصل) إنا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان مأخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي هذا الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استنقذه بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجني ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالمقدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيها فان أخذ بالمقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لانه لا شريك له في شفعة وان أخذ بالمقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك ، وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار والرابع الربع بمجاءه ، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للطالب فشفعة مبيعه بينه وبين شفعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيا بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسه اثمن نصفين فيحصل للمعو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم المبيع للمعو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضاً من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلفير العافي ربع وسدس والباقي بين العافين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفعته ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسماً في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربه ثم باع ربهما ما في يده لاجني ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

(مسئلة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجهة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شفعاً لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والنبهري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام «لا يهل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلق باسناد عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يخص العقار فأشبه الاستعلاء في البيان بحقه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس ويأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فيرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أضعاف ويدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعاته، وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أضعاف ويبقى في يد الاول ستة عشر سهماً وهي أربعة أضعاف ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أضعاف الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة يزيد لصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمر أ سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه لثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أضعاف لزيد ثلث شفته فتقسم بينها أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون لعمرو ثلثها بشفعة ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي

خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلأن ثبت على الذمي مع دنائه أولى وأحرى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولأنها تساوى في الدين والحرمة فثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقاض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خراً لأنها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدرهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر

ولنا أنه يبيع عقد بخمر فلم يثبت فيه الشفعة كالأمر بين مسلمين ، ولأنه عقد بمن محرماً أشبهه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا قابضوا لأننا لا تعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقاض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فنحكم بإسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فدخل فيها

أشترى سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ، ويدفع بكر إلى عمرو ثلثي الثمن في اليوم الأول وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الثاني بينهما أثلاثاً ، فإن عفا عمرو عن شفعة الثلث فشفعة السدس الذي اشترى بينه وبين زيد أثلاثاً ، ويحصل لعمرو أربعة أنساع الدار ولزيد تسعها ولبكر ثلثها وتسع من تسعة ، وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيع إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لاجنبي فلعمر وثلاث شفعة المبيع الأول وهو أنساعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتسع أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعهم ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أنساع مبيعهم بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشتري الثاني على بكر ثمن أربعة أنساع مبيعهم ، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدساً لم تبطل شفته في أحد الوجوه وله أن يأخذها كالأول لم يبع شيئاً (والثاني) تبطل شفته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وبقي فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فأما

وقد روى حرب أن أحد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وروى عن ابن أدریس أنه قال ليس لرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة ، وهذا محمول على غير القلاة منهم وأما من غلا كالمتنقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من المدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبديوي على القروي والقروي على البديوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الادلة واشتراكها في المعنى المتقضي لوجوب الشفعة

(فصل) قال أحد في رواية حنبل لا تری في أرض السواد شفعة وذلك لان أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة انما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئاً لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان عفا لم عن النفقة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وان عفا عن بعضهم دون بعض استحق المفقو عنه ، بسهامه دون غير المفقو عنه وما بطلت الشفعة فيه يبيع عمرو فهو بمنزلة المفقو عنه فيخرج في قدره وجهان ، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطال وخرج الى الاملال

(فصل) اذا كانت دار بين أربعة أرباعا فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فان طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك ، وان عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك ان عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لها ثلاثة أرباع الدار والاربع ربع بحاله وان طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لان كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينهما وبين شفعيه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر ، وان طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قائمه الثمن نصفين فيحصل للمفقو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وان عفا أحد المشتريين ولم ينف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المفقو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم ينف عنه ربع (الجزء الخامس)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا أن يحكم بيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء فقد حكاه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بحجز معلوم له من ثمرة ، وانما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثلاث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم ينف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم ينف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالمافي في التي قبلها ونصف أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم ينف الآخر فلغير المافي ربع وسدس والباقي بين المافين نصفين لكل واحد منهما سدس وثمان ونصف من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بحجز معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يسقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آباءه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان اجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويبدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنحن ، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، وروي تفسيره أيضا بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طائفة من أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال « لان يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسألة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر ما كول بعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد بهاقه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نباتها فأشبهه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره مجهولة أشبه إجارته بثمره غير الشجر الذي يستقنه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما فان قيل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة ولا يشهد الاجماع مع مخالفته ، ويبدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر

يقفه ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخير لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه بمقتضى أنه رجع عن شيء من المعاملات الناسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحده على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فإن كثيرا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستنجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر في تجويز المسافة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفتين فجاز ذلك كالضاربة بالاثمان

(مسئلة) قال ابو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بمجره معلوم

يجعل للعامل من الثمر)

وجهة ذلك أن المسافة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم
وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف وعبد واسحاق وأبو ثور
وقال داود لا يجوز إلا في النخل لأن الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل
والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرتهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لأن الزكاة لا تجب في
نمائه فأشبهه بالأنثرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره
مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمره غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها
تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا قاما الذهب
والورق فلم يكن يومئذ ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال
الأثر سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال
رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس إن
أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال « لا يمنع أحدكم أخاه
أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً » رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث
رافع ، عليه ذكيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع
عليه خلفاؤه وأصحابه بعده ؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر إليه يحتمل
أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه ، وأما غير ابن عمر فقد أنكر
على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته ، والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً
من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارة وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من
الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض ثأته فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الاجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجمع عليه؟ فأما في ابطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله ﷺ أهل خير بشر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خير بشر ما يخرج من النخل والشجر، ولا به شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فأما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بثأته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الاجارة على المنافع المدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في إحقاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجمع عليه، فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بشر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات اشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشر ما يخرج من النخل والشجر رواء الدارقطني ولانه شجر يثمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما ما لا ثمر له كالصفصاف والجوز أوله ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأن المساقاة انما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداها) يجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت في المدومة مع كثرة الفرر فيها فع وجودها وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة ، فان بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجداذ ونحوه لم يجوز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولان هذا يفضي الى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالأوبدا صلاح الثمرة ، ولانه عقد على العمل في المال ببعض ثمائه فلم يجوز بعد ظهور التمام كالمضاربة ، ولان هذا جعل العقد إجارة معلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم انه أقل غرراً قلنا قللة الفرر ليست من مقتضي الجواز ، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجوداً ولا ينتقل اليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث التمام الموجود على ملكها على ما شرطناه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح

(فصل) فأما قول الحنفي (يجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) ان

والورد قال قياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لكونه مما يشكر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حقه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لانه موضوعها حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها ، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالحك وعمل في بستاني أهدا حتى تسكل ثمرته وما أشبه لان القصد المعنى فإذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كإليح (مسئلة) (وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين)

لانه مؤد للمعنى فصح به العقد كنائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لا تصح وهو اختيار أبي الخطاب لان الإجارة بشرط لما كون الموض معلوماً وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لماذا كرنا (مسئلة) (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب)

فمنى قوله أجرتك هذه الأرض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالإجارة على سبيل المجاز كما عبر عن الشجاع بالأسد ، فعلى هذا يكون نية عليه السلام عنها بثلث أو ربهما إنما ينصرف الى الإجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الأرض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالحسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف وسبع ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء منهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو ربما كثر الحاصل فيستضر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل ، ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نكره الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فها هنا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم يهنا . متفق عليه ، فتنى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بما له بالشرط ، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال ، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

مسئلة (وهل تصح على ثمرة موجودة ؟ على روايتين) (أحدهما) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الفرر فيها فصح وجودها وقلة الفرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يزيد به الثمرة كالتأخير والسقي وإصلاح الثمرة فإن بقي مالا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو عمر ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كالموجود بدأ صلاح الثمرة ولأنه عقد على العمل في المال يرضى نواته فلم يجز بعد ظهور النماء كالضاربة ولأن هذا يجعل الجارة معلوم ومجهول فلم يصح كالموجود بدأ صلاح الثمرة ، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلنا قلنا الفرر ليس من المقتضي للجواز ولا كثرة الموجود في عمل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً ، والتمنع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في مضاء الخافا به كالموجود بدأ صلاح الثمرة كالضاربة بعد ظهور الربح ، ومن نصر الوجه الأول قال نص النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المدومة بجزء منها فنيه على جوازها على الموجودة لما

٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كاتين والزيتون والكرم (المفني والشرح الكبير)

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منها فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كاتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدرا كنصف ثمرة التين وثلاث الزيتون وربيع الكرم وخمسة الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وها يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف لقدر المشروط من الآخر ، وإن لم يعلما قدره أولم يعلم أحدهما لم يحز لأنه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير ، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثالث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال بالنصف من أحدهما والثالث من الآخر لم يصح لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وها متميزان صح لأنهما كبستانين

(فصل) وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثالث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن بشرط ما اتفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يحز لأنه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الرجح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فإنه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صنار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بحظه من الثمرة صح لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الأقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

(مسألة) (١) وإن ساقاه على شجر يفرسه ويعمل عليه حتى يثمر بحظه من الثمرة صح

والحكم فيه كالحكم فيها إذا ساقاه على صنار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة فلك بملك كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خير في الزرع بالنخل لكن يشترط أن يكون الفرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له قصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب عن شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالهما جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كالمال جازاً بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جهلة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن بشرط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن بشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كالمال بشرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولو دفع الى رجل بستاناً فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر فجرى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربهما وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعثك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فذلك درهم وان خطته فارسياً فذلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فاخذها وان اختار العامل قلع شجرة فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الفرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل يفرسها على أن الشجر بينهما لم يحجز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره، فاما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك قاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو التخيل ليكون الاصل بالثمره بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بحجز معلوم من الثمرة كالثلث والربع للحديث ابن عمر في خير وسواء قل الجزء أو أكثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يحجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصماً معلوماً أو جعل مع الجزء المعلوم أصماً لم يحجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكثري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقلا وبيننا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيرا أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيرا جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سبعا فله الثلث وان سقى بكافة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في يعة، ويخرج ان يصح قياسا على مسئلة الاجارة ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقه في الحائط الآخر بمجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في يعة كقوله بعتك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد لمعينين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولا

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ففها نا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، ففي شرط شيئا من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها تمام ملكه وللعامل أجر مثله كالضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سبباً لتسليم الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج هنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة اتبني على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنيين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلا لانه لا يجر الى نفسه قسماً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلا

(فصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح. وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها، ولكنه لم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً، وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح، فإذا عمل في الشجر بنا على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لأنه تبرع به لرضاء بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء، وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر مثله لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاه بالمقاطعة كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الإبضاع لا يتباح بالبذل والإباحة والعمل ههنا يتباح بذلك ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإزواجاً بالعقد يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كدعائها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا (فصل) وإذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف تمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يرفقان قدر كل نوع صح لأن ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخائف للقدر المتروط من الآخر، وإن لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا وثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كقوله بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة، وإن قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يبينه لم يصح الجهالة لأنه لا يعلم الذي يستحق نصفه، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لأنها كبستانين

(فصل) فإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملاً واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان، ولو أفر دكل واحد منهما بعقد كان له أن يشرط ما اتفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لأنه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما أن شرطاً قدراً واحداً من مالهما جاز وإن لم يعلم قدر مال كل واحد منهما لأنها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كالمال فلا يملك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجبه (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساوا فيه ، وان كان لأحدهما فضل نظرت فان كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالليم فان ساقاه على بستان بشير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالليم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الايمان فلم يجز على غير معين كالبيع (فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحتك وأعمل في بستاني هذا حتى تكل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعنى فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالليم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي في النصيب وان يشترط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالليم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيع وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الايمان فلم يجز على غير معين كالبيع

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه (مسئلة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أوماً اليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرج له صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكل ثمرة نصف ثمرة فيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة بشرط لما كون العوض معلوماً والفصل معلوماً، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقيس لأنه مؤد للمعنى فصيح به المقدر كسائر الالفاظ المتفق عليها

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد فيجوز اجارة الارض ببعض الخارج منها للزراعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما اذا أريد بالاجارة الزراعة فلا يشترط لها غير شرط الزراعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادة مثل حرث الارض تحت الشجر والبقر التي تهرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقلم الحشيش المضرب والشوك وقلم الشجر اليابس وزبار الكرم وقلم ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة القلوب، والحفظ لثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وان كان مما يشمس فمليه تسميته، وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل القلوب وحفر بئر وشراء ما يلحق به، وعبر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالاجارة لأنه لو كان جائزاً كان لرب المال فسخه اذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فينصر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ «قرم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازماً لم يحز بغير تقدير مدة ولا أن يحمل الحيرة اليه في مدة اقرارهم، ولأن النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لثقل لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلام من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يحز اخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من ثمار المال فكان جائزاً كالضاربة، وقارق الاجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولأن عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم يتقضى بالضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، قلنا لا يقتصر الى ذكر مدة لان النبي ﷺ لم يضرب لاهل خير مدة معلومة ولا خلفاؤه حين معلوم، ولأنه عقد جائز فلم يقتصر الى ضرب مدة كالضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدها بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب مع العوض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت ما يلقح به ، والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والثمرة ، ما كالنكاح والنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسيد الأرض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجري مجرى ما يلقح به وتفرق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقنا العقد ولم يبيننا ما على كل واحد منهما فلي كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحرقي في المضاربة ، لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، لكن بشرط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي باسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة اذا فسخ قبل أمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه أمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل أمام عمل الجمالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفض الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فذلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم اقضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) (فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة)

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لا شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالاجارة ولان المساقاة أشبه بالاجارة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها تقضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه يحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً
(فصل) فاما الجذاذ والحصاد والقاط فهو على العامل نص أحد عليه في الحصاد وهو مذهب
الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على
العامل فحائز لان العمل عليه وإن لم بشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل
الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن نقض المساقاة
بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة
واقضاء المعاملة فأشبهه قله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، ولان هذا من العمل فيكون
عليهم كالتشميس وما ذكروه يبطل بالتشميس، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال
العقد فأشبهه المحزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله
فان يد الغلام كيد مولاه، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان
غلمان ماله فجاز أن يعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل
عليها، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة
تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة
(مسئلة) (فان شرطاً مدة لا تكمل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجره مثله في أحد الوجهين وفي الآخر
لا شيء له لانه رضي بالعمل بنير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو
جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفق عليه
كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بنير شيء، وان لم تظهر الثمرة فلا
شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بنير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم يحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد
صحيح لم يظهر فيه انهاء أشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها
وعليه إتمام العمل فيها كما لو انقضت قبل كمالها

(مسئلة) (وان شرطاً مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل في صحة المساقاة وجهان)
(أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني)
لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن

يعملون معه نفقتهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكر نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساق ، ولا ينبغي أن بشرطها على رب المال لان العمل على المساق فؤونة من عمله عليه كؤونة غلانه

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا بشرط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن بشرط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عليهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد العقد ولانه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على للمال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كمثلنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارة من العقود الجائزة أو ما اليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكر يخرج نفسه من غير أن يخرج صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يجز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بينهما ، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل فادر لم يمكن التحرز عنه ، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرط مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترط مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت اثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(مسئلة) (وان مات العامل ثم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)

وجملة ذلك اننا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يقتصر الى ذكر مدة لان ابقاءها اليها وفسخها جائز لكل واحد منها فلم تحتج الى مدة ، فان قدرها مدة ، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بناء في المضاربة والمساقاة ، مثلها ، فعلى هذا تنفسح بموت كل واحد منها وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسخها احدهما ، فلما ان قلنا بلزومها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لارم أشبه الاجارة ، فان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجز لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالأجارة ، ولأنه لو كان جائزاً جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستغنى

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « قرمكم على ذلك ما شئتم ولو كان لازماً لم يجوز بخير تقدير مدة ولأن يحمل الخيرة اليه في مدة إقارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك مدة ولو قدر لم يترك ثقله لأن هذا مما يحتاج إليه فلا يجوز الإخلال بثقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من ثمار المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الأجارة لأنها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولأن عوضها مقدور معلوم فأشبهت البيع بقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الأجارة بقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفتي إلى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا إذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كإلغائه المضاربة بعد ظهور الربح فعلي هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة ولعل لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خير مدة معلومة حين عاملهم ولأنه عقد جائز فلم يفتقر إلى

فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء للمعقود عليه ثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

(مسئلة) (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فإن فسخ قبل ظهورها فهل للعامل أجره؟

على وجهين)

أما إذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما إذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وإن احتجج إلى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو إما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا فإن كان قد بدا صلاحها خیر المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبيع البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من عمله والباقي لورثته، وإن كانت لم يد صلاحها خیر المالك أيضاً فإن يبيع لاجني لم يجوز إلا بشرط القطع، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك إلا بأذنه وهل يجوز شراء المالك لها؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كالأجنبي (والثاني) يجوز كما إذا باع نخلاً مؤبراً جاز المشتري أن يبتاع الثمرة التي للبائعين من غير شرط القطع وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل، فأما إن فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لأنه عمل بموضع لم يضح له فكانت له الاجرة

(الجزء الخامس)

ضرب مدة المضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجماعة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجماعة، وقارب المال في المضاربة إذا فسختها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فذلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجماعة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إقضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الإبقاء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما أن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الأعلى مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً لأنه لا مشروط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولأن المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولائها إذا وقعت مطلقاً لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كالمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك أن هرب العامل ولم يوجد له ما يتفق عليها فهو كما لو مات)

أن كان العقد جائزاً فرب الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالاً أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل فإن تعذر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرناه، وأما الميت فلا يقتض عليه لأنه لادئمه والأولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿مسئلة﴾ (فإن عمل فيها رب المال باذن حاكم أو اشهاد رجوع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن لرب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق بنية الرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجوع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لإصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصدقة والحاكم فيها إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكل الثمرة في أقل من السنة ، فعلى هذا لا يتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طال ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا الحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو إجماع ، فأما أقل المدة فيقدر بمدة تكل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ، فان ساقاه على مدة لا تكل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء . له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع ، والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء . وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شيء . للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كالمالك وانفسخت قبل كمالها . وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي صحة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم تصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجوز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرق والزبار

والتفليح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وحجة ذلك أنه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرق وآلة الحرق وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه ونسوية الثمرة وإصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

(مسئلة) (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر

البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد وان شرط ذلك كان تأكيذاً وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا ، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل ، فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به ، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرق ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حل أو لم يحمل لانه لم يررض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلاحق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لانها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد المقود عليه وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وبهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا يجوزها لم ينتقل الى ضرب مدة لان ابقاءها اليهما وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم نحتاج الى مدة كالمضاربة ، وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبينا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلهما ، وتفسخ بموت كل واحد منهما وجوباً والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمره مما كسح النهر هو على من شرط عليه منها وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم نصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل ، فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلقح به وتقريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال ، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليها فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفتني الى التنازع فيختل العمل ، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فإذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمانه ماله فجاز أن يجعل تبعاً لماله كثور

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انقضت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا يلزمها لم ينفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة ، لكن إن كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فلي هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء العقود عليه فيثبت الفسخ كالأمر تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبد فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبا البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكسره عليه من عمله وما فضل لورثته ، وإن كان لم يبد صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انقضت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبي الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل هبة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جملة تباً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه فققتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقنا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك فققتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فؤونة من عمله عليه كؤونة غلمانته

ولنا أنه ملوك رب المال فكانت فقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن بشرط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون مألوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج اليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر ، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأفق بذية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وإن تبرع بالاتفاق لم يرجع بشيء . كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيها إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء (فصل) وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فتحكمه حكم مالومات وأبي وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعمل ، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة وجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعمل فإن لم يجد فلرب المال الفسخ أما المبت فلا يقتضى عليه لأنه لازمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن أتم حلف فإن ثبتت خيانتة بإقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله فسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم إمكان استيفاء

لأن رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فإن أتم حلف وإن ثبتت خيانتة ضم إليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانتة فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله فسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أتم غيرك يعمل ذلك وأرفه يدك عنها لأن الأمانة قد تذر في حقك فلا يلزم رب المال اثباتك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل وهذا من عامه (فصل) وبذلك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلقت كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد

قولي الشافعي ، الثاني يملك بالمقاسمة كالمضارب ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، وأما القراض فنقول إنه يملك الرج بالظهور كاستئذنا وإن سلم فالفرق بينهما أن الرج وقاية

المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا قول إن له فسخ المساقاة ، وإن لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقك فلا يلزم رب المال إثباتك وفارق فسخه بغير الحيانة فإنه لا ضرر على رب المال وهما يفوت ماله .

(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالسكينة أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيته

(فصل) وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لأنه أقوى سبباً تسلمه للحائط والعامل ، وقال الشافعي يتعاضدان وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر لزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بيته ؟ وجهان بناء على بيته الداخل والخارج ، فإن كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذه نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كدهماء ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصاباً نص عليه أحد في المزارعة فإن لم تبلغ نصاباً إلا بجمعها لم يجب إلا على قولنا أن الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فإن بلغت حصة أحدهما نصاباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصاباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً ما يتم به التصاب من موضع آخر فيجب عليهما جميعاً ، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كالمكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انقرض بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه اليهم بذلك الخرص ؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خبرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أنلفت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالتقراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لا يلو، بل يملك قبل القسمة للموجب القسمة ولا يملكها كالأصول، وأما التقراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كسئلنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية رأس المال فله يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية شيء، ولذلك لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما، فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب لا يجمعها لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير اللواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر هنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يبره النصاب من مواضع أخرى فتجب عليهما جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان مجموعهما نصيباً فعليه الزكاة في حصته، وإن كان أحدهما شريكين ممن لازكاة عليه كالكاتب والدمي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً وبهذا كله قال مالك والشافعي، وقال الليث إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بقدر الزكاة ما بقي ولنا أن النصراني لازكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء، كما لو أفرد بها، وقد روى أبو داود

تجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الحراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي الشر بعد وظيفة عمر وهذا مناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الحراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فانه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الحرق في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا

(فصل) ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لانه ربما يحدث من التهام بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقتره معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجوز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد المقدر سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميعه، بل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجوز وبه قال أبو يوسف وأبو نور وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الخرس أم يدفعونه اليهم بذلك الخرس لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيروا ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون ألف وسق (فصل) وان ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لانه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولان الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كالأجرة استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء . ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل بعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كذا ذكره الحرق في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرنا هنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم)

يعني إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة كمثيرة ونحوها لم يجوز بغير خلاف لانه

ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمائه فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالضارب ولانه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما أن استأجر أرضاً فإنه يزارع غيره فيها لان منافعتها صارت مستحقة له فلك المزارعة فيها كالثباتك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنها كاللستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه اما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وان ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لانه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لانه عمل فيها بنظر اذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الناصب أجر مثله لانه غره واستعمله فأشبهه ما لو غصب قرة واستأجر من ضربها دراهم ، وان شمس الثمرة فلم تقص أخذها ربه وان نقصت فله ارش نقصها ويرجع به على من شاء منها ويستقر الضمان على الناصب ، وان استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منها فان ضمن الناصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لان الناصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فان ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الناصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الناصب على العامل بشيء لانه غره فلم يرجع عليه كما لو أطمع انساناً

ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك الدرام فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقتره معلومة ولو شرط له درام منفردة عن الجزء لم يجز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها ان يعمل في شجر معين يجره مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازوه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا انه عامل في المال يجره من ثمرته فلم يجر أن يعمل غيره فيه كالمضارب ولانه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجر أن يأذن لغيره كالمكيل فأما ان استأجر ارضاً فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعة مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الحراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية ان يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، والوقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم (فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً ويكون له فيها

شيئاً ونال كله فانه طماعي ثم تبين أنه مقصوب ، وان ضمن العامل احتمال أنه لا يضمه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعياً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لان يثبت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجح على الناصب يبدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما سار اليه وجع العامل على الناصب بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه انضمام ويكون على الناصب

(مسألة) (وان شرط إن سقى شيئاً فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف وان زرعها شعيراً فله الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في منى يمتين في ريمة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجازة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما إن قال ما زرعها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة تلك الحنطة ونصف الثمر وثاني الباقل وبينا قدر ما يزروع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المسكن وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكثر ونصيبه يقل وهذا لا ينم صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كيار النخل والشجر وهي اننا ان قلنا المساقاة عقد جائز لم نحتاج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففي ثلاثة أقسام: أحدها) أن يجعل المدة زمناً يحمل فيه غالباً فيصح فإن حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالباً فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق ما شرط له؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقم ناسداً فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمناً يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئاً، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في الثمار والفائدة فاذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجوز كما لو شرط في المصاربة اشتراكهما في رأس المال، فلي هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدة بقائها لم يجوز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجوز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر يثمره ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح ايضاً والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قحاً وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(مسئلة) (وان قال ما زرع من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح)

لان ما يزرعه من كل واحد منها مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها

(مسئلة) (ولو قال ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشترط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعتك هذا على أن تبيعني هذا وتشتريني مني هذا وإنا فسد لعنيين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن العقد الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سبعا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرة أو نخلا فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهم من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها وبضمنه له أرض قصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلم شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إلى رجل يفرسها على أن الشجر بينهما لم يجوز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يذر في الأرض فيكون الزرع بينهما وبين صاحب الأرض

(نصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجهاً آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه بإسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يسق المساقاة ويفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الإبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة والعمل هنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالإصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد هنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالإصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الإصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما أن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل أن تساوي فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامة فاسدة وجهاً واحداً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كونه الأرض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه زبه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكا ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من غيرها دراهم وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربهما وإن نقصت فلربها أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فلربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء ، لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مقصوب، وإن ضمن العامل انحتمل أنه لا يضمه إلا نصيبه خاصة لأنه ما قبض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها ويحتمل أن يضمه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ما صار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذأ قبل القسمة فنجل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال (ويجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا يزرعون على الثلث والرابع، وزارع

فصل في المزارعة

(مسألة) (يجوز المزارعة بحوزه معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا يزرعون على الثلث والرابع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ،
وعن رأي ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الاسود وموسى بن طلحة والزهري
وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن
يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا
بالبذر فلم يكرها وكذا وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة .

وروي عن ابن عباس الامران جميعا وأجازها الشافعي في الارض بين النخيل اذا كان يابض
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ومنهما في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخبار
على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومه أتاه فقال نهي رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية

ابن الاسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي
ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه ان جاء عمر
بالبذر من عنده فله الشطر وان جاءوا بالبذر فلم يكرها وكذا وكرها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو
حنيفة وروي عن ابن عباس الامران جميعاً ، وأجازها الشاذلي في الارض بين النخل إذا كان يابض
الارض أقل فان كان أكثر فعلى وجهين ، ومنهما في الارض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا
نخبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومه أتاه فقال نهي رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاه ما ذاك قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها ثلث ولا يريم ولا بطعام مسمى »
وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهي رسول الله ﷺ
عنها وقال جابر نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخابرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها
والخابرة المزارة واشتقاقها من الخبار وهي الارض اللينة . الخبر الاكار وقيل الخابرة
معاملة أهل خير وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث
والريم والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمسكها فان لم يفعل
فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود اسناده عن زيد بن ثابت قال نهي
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخابرة قلت وما الخابرة ؟ قال « أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع »
ولنا ما روى ابن عمر قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشطر ما يخرج منها
من زرع أو ثمر متفق عليه ، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل
رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم الى اليوم
يعطون الثلث والرابع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم
أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا برهم ولا بطعام مسبي» وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة. وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها،

والمخابرة المزارعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض البينة والخير الاكل، وقيل المخابرة معاملة أهل خيبر، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والرابع والنصف فقال النبي ﷺ «من كانت له أرض فليزرعها أو لينمها فإن لم يفعل فليمسك أرضه» وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قلت وما المخابرة؟ قال «أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع»

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه. وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم إلى اليوم يعطون الثلث والرابع، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً ثمراً وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطعن من الماء والأرض أو يمتنن من الأوسق فمن اختار الأرض ومنهن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الأرض، قال قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه متى نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبر وعلمهم فيها؟ وأبى كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبر به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المتعني عنه في حديثه بما لا يخلف في فساد ما قاله كذا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فبها قال ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء مملوم مضمون فلا بأس، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلث أو ربع والتزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً قسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو يمضي لمن الاوسق فمنهم من اختار الأرض ومنهم من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخه في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنعني عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاناعن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) أن خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انقردت فكيف تقدم على مثل حديثه قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بثلث تدل على أن النبي ﷺ كان لذلك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكره فقهاء من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وإنما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع » رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحاضرة قاتهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنع أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساد كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعة وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية بحرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتوكها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب عمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراه أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر
(الاثبات) إن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الإمام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بطلان يدل على أن النهي كان لملك منها الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره قتيبان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجليين قد اقتتلا فقال «إن كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع» رواه أبو داود والترمذي ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحيازة فأنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها ، قال إن أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال : إن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً

ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الإجماع وهو النهي عن كراه المزارع على الإطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساد كذا قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير

لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فتنى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن الحيازة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه معها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فإن قال أصحاب الشافعي يحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا جيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد طملمهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواية كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات وفسره رواه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسره رواه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومما فيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا إليه يجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمه الله عليه وما روي في مخالفته فقد يفسده فيكون هذا إجماع من الصحابة رضي الله عنهم (الجزء الخامس)

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد حمل بها الحنفيا الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعدر الجمل لو جب حمله على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولا به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فمضى كان في حقه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضا فيجب الجمع بين حديثيه معها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعا بينهما قلنا هذا جيد لوجه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة بأني منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء. ويبعد أن يكون قد علمهم على بعض الأرض دون بعض فينزل الرواة كلهم القصص على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسرته روايته بأولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوع لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الأرض عين تنمي بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض ثمارها كاللؤلؤ في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض لا يقدررون على زرعها والعمل عليها والا كرهة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا أكد لنا الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه قوتا ولان الأرض لا يفتنع بها إلا بالعمل فيها بحمد المال والله أعلم

(مسئلة) (فان كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل يباح الأرض أو كثر نص عليه أحد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة ، فاذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وذلك ان قال عاملك على النصف لان المعاملة تشبه لهما ، وان قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدراً ، وان قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث انها تحتاج الى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا يتناول الأرض فصيح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصنف

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله ﷺ وسنته ومعاينها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجم عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء لاربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكأن إجماعاً ، وما روي في مخالفته فقد بنا فساداً فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الأرض عين تنمي بالعمل فيها فجازت الماملة عليها بغض نوائها كالأمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو تقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض قد لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لم فاقضت حكمه الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه مقتاناً ولكون الأرض لا ينتم بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا ناقصاً والشارع لا ينهى عن المنافع وانما ينهى عن المضار والمفاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشارك في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالعقد بلفظ البيع في السلم ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فان قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع به قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف : فداخل زرع البياض ، فان تشارطاً أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الأرض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يستقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضاً منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة لم يجر أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازته مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً ، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يجر كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الأرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بنا على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل والاول أولى الا أن يفصل ذلك حبة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعاً بين العقدین أو عقداً أحدهما بعد الآخر لما ذكرناه في إبطال الحيل

(مسألة) (ولا يشترط كون البذر من رب الأرض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الأرض نص

فيا ظنه منها عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها

(فصل) واذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحمد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشملهما ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفقة

ولنا أنه عبر عن مقب بلفظ عقد بشاركة في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصح كالمعبر بلفظ البيع في السلم ، لأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف قد أدخل زرع البياض فإن

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الحرق وعامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واستحق لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروي عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهناتي الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خير على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحوه ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله ﷺ شطر عمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعمول به في المزارعة قصة خير ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لأجل ذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجر تركه ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فروى البخاري عنه أنه عامل الناس على

نشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لأن الداخل يسقي رب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجوز أن يشترط العامل ثمرها وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه ماله إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعا . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجوز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وبمحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدین أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

(مسألة) قال (إذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزاوعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في ثمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاء وابا البذر فلهم كذا ، وظاهر هذا ان ذلك اشترط فلم ينكر فكان إجماعا ، فان قبل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على أنه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدین شاءوا فن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فتقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون محيئه بالبذر أو شروعه في العمل بشير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطته روميا ففك درهم وان خطته فارسيا ففك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزاوعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيقتاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية منها- في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذهبها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم شطر عمرتها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجها البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لقل ولم يجز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فإن البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاخلا في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجزت لك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجز والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وإن كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الأجرة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وإن قال أجزت لك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج البذر فمعي كالمبيع قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال (مسألة) (فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقسما الباقي لم يصح)

لأنه كأنه اشترط لنفسه ففازنا معلومة وهو شرط فاسد ففسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجه وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع (مسألة) (وكذلك لو شرطاً لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرطاً لاحدهما ما على الجدول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بإجماع العلماء)

لأن الخبر صحيح في النعي عنغير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ما عين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(الفتي والشرح الكبير) صحة كون البذر من مائة نصفين بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك ٥٩١

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك أشهر فلم ينكر وكان أجماعاً ، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخبرهم في أي العقدین شاءوا فن اختار عقداً عقده معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعتهك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختر أحدهما فمقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحد رجليه الله صحة الاجارة فيها إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من إقياس بخلاف ظاهر النص والاجماع لذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو متقضى بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر من مائة نصفين بشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فلي العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيتقاسمان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وإن شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(مسئلة ١) ومتى فسد فالزرع لصاحب البذر

لأنه عين ماله يتقلب من حال إلى حال وينمي فهو كصغار الشجر إذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فإن كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لأن ربهما إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع إلى عوض متافها الفاتئة بزرها على الزارع وإن فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وإن كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على ما ذكرنا

(مسئلة ٢) وحكم المزارعة حكم المساقاة

فيما ذكرنا من الجواز والزموم وأنها لا تجوز إلا بجزء للعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض ثمارها

(مسئلة ٣) (والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما)

الجذاذ والحصاد والقاط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لأنه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل فجاز لأن العمل عليه وإن لم يشترط فعلى رب المال بمحبة ما يصير اليه وعلى العامل بمحبة ما يصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرتك وآتتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما، ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض، وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرتك وآتتك وأخرج البذر فهي كالتالي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسألة) قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويتقسما ما بقي لم يجز)

وكانت المزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لأنه كأنه اشترط لنفسه قفراً معلومة وذلك شرط فاسد تنسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفرا فيختص رب المال بها وربما لا يخرجها الأرض، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحرفي أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبهه بقله إلى منزله

ولنا إن النبي ﷺ دفع خير إلى يهود خيبر على أن يملأوها من ثمرها لأن هذا من العمل أشبه التأسيس وبه يبطل ما ذكره، وفارق النقل إلى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فاشبه المحزن (فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض لبزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع للمالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على إحدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسألة) (وإن قال أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وأتسببها بآتلك والزرع يفنأ فيها روايتان)

(أحدهما) لا تصح اختارها الفاضل لأن موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والأول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله ينقلب من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخا، والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الارض لان ربحها إنما بذلها له بعرض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين أحدهما ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أنقرة معينة أو أنه إن سقى سيقا فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة الموقوف عليه فأشبهه البيع بيمين مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعلاً فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود وههنا واحد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم علي الفدان، وقال الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الازاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفاً، وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالائمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، ولا هي اجارة لان الاجارة تفتقر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبه عليه أجر مثلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يصدق بالفضل والصحيح ان النماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لم يزرع البذر لكونه ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا يفضي إلى جهة الربح كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط القاسد في البيع والمضاربة

(فصل) وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض يزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو قاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وإن قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يذري وعواملي ويكون سقيها من مائلك والزرع يتناهما روايتان (إحداهما) لا يصح اختارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذور ولا الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة ؟ (وثانية) يصح اختارها أبو بكر وقلها عن أحمد يعقوب بن مختار وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن يزرع الله بينهم ففعلوا فهذا عقد قاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم على الفدان وقال

(فصل) فإن كانت الأرض ثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يذرم ودوابهم واعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن النذر ولا نعلم فيه خلافا لأن أحدم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فإن زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فبث في تلك الأرض مائما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن الأداة ترك ذلك لمن يأخذ ولهذا أبيع له التقاطه ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرها فجرى ذلك مجرى بذر على سبيل الترك له وصار كالشيء الثاني يسقط منه الثمرة والقيمة ونحوها والنوى لو التقطه إنسان فترسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

(مسألة) (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصيبين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبل الارض وقال الآخر قبل البذر . قال الآخر قبل العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والنبي صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوائد بن مسلم عن الوزاعي ، وعن واصل بن أبي جليل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما قاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالائتمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجب شيئا من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفترق إلى مدة معلومة وعرض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون لزوم لصاحب البذر لانه لما ماله ولصاحبه عليه أجر مثايلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن الثما لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كباثر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشتركوها على أن يزرعوها بينهم وروايتهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم فهو جائز وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبه بشي .

(فصل) واذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيئا فثبت في تلك الارض

أجنيبا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كما لو جمع في البيع بين ما يصح وما لا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المعلوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكترأ الارض وقتا معلوما جائزا بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم (أما بشي) معلوم مضمون فلا بأس ومن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب والورق والعروض (المفني والشرح الكبير)

عاما آخر فهو لصاحب الارض نص عليه أحد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو لصاحب الحب لانه عين ماله فهو كالمو بذره فعدا
ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه ولهذا أبيع النفاط ورعيه، ولا نعلم خلافا في اباحة النفاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرها فجزى ذلك مجرى نذره على سبيل الترك له وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمرة والقمة ونحوهما والنوى لو انتطه انسان فخرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول أكثر أهل العلم قال أحمد فلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن أكثر الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث ومالك والبيث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روي رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال إيا بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله ﷺ عن كراء الارض قال قلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيع بعض ما يخرج منها أما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهارنا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض قلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيع بعض ما يخرج منها أما بالذهب والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال: كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهارنا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكرها بذهب أو فضة. رواه أبو داود، ولانها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجزت إيجارها بالأمان ونحوها كالدور، والحكم في العروض كالحكم في الاثان. وأما حديثهم فقد فسر الزاوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن أوبها واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إيجارها بالابن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته، قال القاضي هذا من أحمد في سبيل الورع ونهجه الجواز، واحتج مالك بما روي رافع بن خديج عن بعض عمومه قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كاللوز والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسر الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رأيهم واحد وقد رواه عاماً وخاصاً فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لساير الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى منع إيجارها بالبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيئت قال القاضي هذا من أحد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والحجة لماك ماروي رافع بن خديج عن بعض عمومه قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فلا يكرها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما تصنعون بمحافلكم؟» قلت نؤجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت إيجارها به كالأمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجاً منها ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثرت أجزاها لزرع الحنطة

فلا يكرها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال «ما تصنعون بمحافلكم؟» قلت نؤجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال «لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع فاما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة الى الربا فجازت إيجارها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجاً منها، ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والاوسق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثرت أجزاها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإيجارها بقران حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيباروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه ذريعة الى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بفوزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيهاروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهباً وهي قول مالك لما تقدم من الأحاديث ولا نهاذرية إلى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخراج منها لأنه يجعل مكان قوله زارعتك آجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والقرائن معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولأن ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربعم فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تنصح كاجارتها بثلث مما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين بعض ثمناتها فلم تجز كسائر الأعيان ، ولأنه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فإن النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجويزها نصاً ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شي . مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتميم حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيما يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والقرائن معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولأن ما جازت اجارته بغير الطعام جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الأحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تنصح كاجارتها بثلث مما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتميم حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

➤ ثم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي الغني والشرح الكبير
➤ وبإيه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات)



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المفتي والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٤	٢ (كتاب الصلح)
٣٥	٣ الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو
٣٦	عند الانكار وأقسامه
الحطب عليه	٤ مسائل في الصلح بمعنى الهبة
٣٧	٦ الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث
٣٨	٩ صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك
٤١	١١ حكم الصلح على الشقص المشفوع
٤٣	١٢ حكم مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٥	١٣ فروع في مصالحة الاجنبي عن المنكر
٤٧	١٥ حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه
٤٩	ليس بصلح
وما أشبهها	١٧ أحكام الصلح بمعنى الابراء
٥٠	١٨ » » » الهبة أنواع الصلح الباطلة
٥٢	١٩ الصلح على بعض المدعي أو على منفعة
٥٣	٢٠ فروع في الصلح على غير المدعي وعلى إجراء
٥٤	الماء في الارض
٥٥	٢١ الصلح على ترك أغصان الشجر في هواء غيره
٥٦	٢٣ » » » عروق » أرض »
٥٧	٢٤ صحة الصلح عن المجهول غنياً أو ديناً
٥٨	٢٦ » » » كل ما يجوز أخذ الموض عنه
٥٩	سواء جاز يبعه أو لا
٦٠	٢٧ الصلح عن القصاص بسبب مستحق والصلح عن
٦٢	الدار بموض مستحق
٦٣	٢٨ الصلح على موضع قناة من أرض يجري فيها الماء
٦٤	٢٩ الصلح على إجراء ماء المطر فوق السطح وإخراج
٦٥	الميازيب
٦٦	٣٠ الصلح على سقي أرضه من نهر غيره
٦٧	٣١ الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه
٦٨	٣٢ الصلح مع الشاهد على الا يشهد عليه وبطلانه
٦٩	٣٣ منع اشراع الروشن الى الطريق إتافد

صفحة	صفحة
٩٥ الكفالة بالنفس وأحكامها ومحتها	٦٨ اختلاف المحيل والمحال والمحتال عليه
٩٦ ألقاظ الكفالة بالنفس والبدن وشبهها	٦٩ الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن
٩٧ بطلان الكفالة بيدن من عليه حدلة أولاً دمي	والمضمون عنه
٩٨ صحة الكفالة حالة ومؤجلة	٧٠ (باب الضمان)
٩٩ أحكام تسليم المكفول به في مكان غير مكان التسليم	٧١ الامور التي تعتبر لصحة الضمان
١٠٠ بطلان الكفالة الى أجل مجهول	٧٢ صحة ضمان المجهول وضمان ما لم يجب
١٠١ فروع في أحكام الكفالة الى أجل	٧٣ براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه
١٠٢ الكفالة بشرط براءة فلان الكفيل	٧٤ بيان الامور التي يصح ضمانها كالجمل وارش الجناية
١٠٣ اعتبار رضا الكفيل في صحة الكفالة	٧٥ حكم ضمان قفلة الزوجة ومال الكتابة وضمان الاعيان المضمونة كالنصب
١٠٤ حكم موت المكفول به وتلف العين بفعل الله تعالى	٧٦ صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد العاقلين
١٠٥ موت المكفول به يستلزم براءة الكفيل	للاخر
١٠٦ براءة الكفيل إذا أبرأه المكفول له	٧٧ ضمان الهبة وما يلزم للضامن فيها واحكامها
١٠٧ وجوب الحضور على المكفول إذا طلبه الكفيل	٧٨ فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح
١٠٨ حكم الغاء المتاع من السفينة في البحر	٧٩ ضمان المحجور والصبي والمكاتب
١٠٩ (كتاب الشركة) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع وأنواع شركة العقود	٨٠ صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً
١١٠ حكم مشاركة اليهود والنصارى والدليل على جوازها	٨١ كون المضمون عنه لا يبرأ الا بإداء الضامن
١١١ شركة الابدان. منها وجوازها وأحكامها وشركة النان	٨٢ لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه
١١٢ الدليل على جواز شركة الابدان	٨٤ امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لا في دين آخر
١١٣ صحة شركة الابدان مع ائهاق الصنائع واختلافها	٨٥ صحة ضمان الاثنين فكثر عن الرجل الواحد
١١٤ كون الربح في شركة الابدان بحسب ما اتفقوا عليه	٨٦ أحكام رجوع الضامن على المضمون عنه بعد أداء الدين
١١٥ اشتراك الرجلين لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما	٨٩ التقدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه
١١٦ اشتراط دراهم معلومة لأحد الشريكين في الشركة والمضاربة لا يصح	٩٠ للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا طوب
١١٨ فروع في الشركة بالدابة من أحدهما والعمل من الآخر	٩١ حكم ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى الدين أحدهم
١٢٠ اشتراك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الثالث العمل	٩٢ فروع في ضمان كل من المدينين للاخر
	٩٣ دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه
	٩٤ امتناع الخيار في الضمان والكفالة

صفحة	صفحة
١٢١	بيان أنواع الشركة الجائزة والمضاربة والوجوه
١٢٢	والعنان
١٢٣	شركة الوجوه ومعناها وجوازها
١٢٤	فروع في شركة الوجوه وأحكامها وسبب تسميتها
١٢٥	شركة العنان ومعناها وبيان رأس مالها
١٢٦	كون العروض لا يصح أن تكون رأس مال في شركة العنان
١٢٧	حكم النقرة والمشوش والفلوس حكم العروض
١٢٨	صحة الشركة مع اختلاف المالكين في الجنس
١٢٩	وتفاوتها في القدر
١٣٠	فروع فيما اذا وقعت الشركة فاسدة
١٣١	كون شركة العنان مبناه على الوكالة والامانة
١٣٢	الامور التي يمتنع على الشريك فعلها ككتابة الرقيق
١٣٣	والمعتق على مال
١٣٤	الخلاف في هل يجوز للشريك أن يبيع لسا
١٣٥	كون الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحدها
١٣٦	شركة المضاربة وهي القراض
١٣٧	معنى المضاربة واشتقاقها والاجماع على جوازها
١٣٨	الجمع بين الشركة والمضاربة والقول بصحة فروع في شركة المضاربة
١٣٩	(شركة المفاوضة وأنواعها)
١٤٠	والخلاف في صحتها
١٤١	كون الربح في جميع أقسام الشركة بحسب ما اتفقوا عليه
١٤٢	من شروط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل
١٤٣	فروع في تقدير نصيب العامل في المضاربة
١٤٤	جواز دفع المال الى اثنين مضاربة في عقد واحد
١٤٥	حكم ما اذا شرط اجزاء من الربح لغير العامل
١٤٦	كون الحسرة في الشركة على قدر المالكين
١٤٧	حكم ما اذا ربح في سلعة وخسر في أخرى
١٤٨	بطلان القراض اذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دواهم معلومة
١٤٩	ضمان المضارب اذا باع نسبة أو بغير اذن فروع في بيع مال القراض نسبة
١٥٠	امتناع السفر بالمال على المضارب والمذاهب فيه
١٥١	الامور التي يمتنع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل
١٥٢	حكم بيع المضارب وشرائه بغير قد البلد
١٥٣	ليس للمضارب أن يشتري من يمتنع على رب المال
١٥٤	شراء المضارب امر أقرب المال وصحته
١٥٥	شراء المضارب من يمتنع على رب المال باذنه جائز
١٥٦	ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال
١٥٧	يتمتع على المضارب دفع المال الى آخر مضاربة
١٥٨	فروع في دفع المضارب المال الى آخر مضاربة
١٥٩	الامور التي يمتنع على المضارب فعلها كشرائه الخمر والخنزير
١٦٠	جواز أخذ المضارب المال من اثنين
١٦١	فروع في مضاربة الواحد بمال الاثنين وأحكامها
١٦٢	ضمان المضارب اذا تعدى بفعل ما ليس له فعله
١٦٣	أخذ العامل نصيبه في الربح انما يكون بعد استيفاء رأس المال
١٦٤	كل ما جرت العادة أن يتولاه العامل وجب عليه فعله
١٦٥	انقراض المضاربة بتلف بعض رأس المال قبل التصرف
١٦٦	كون العامل لا يستحق أخذ شيء من الربح الا بعد استيفاء رأس المال
١٦٧	فروع في جيران الحسرة بالربح في المضاربة
١٦٨	حكم شراء رب المال شيئاً لنفسه من مال المضاربة
١٦٩	شراء أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة
١٧٠	حكم ما اذا ربح في سلعة وخسر في أخرى

فهرس الجزء الخامس من كتابي المنفي والشرح الكبير

صفحة	صفحة
١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه	٢٠٥ الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايمان والايلاء ونحوها
١٧٦ فروع في أحكام رد الوضعة على الرج	٢٠٦ أحكام التوكيل في حقوق الله تعالى
١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال أو المضارب	٢٠٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه بحضرة الموكل وغيته
١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الربح إلا بإذن رب المال	٢٠٨ اشتراط الايجاب والقبول في الوكالة
١٧٩ كون المضاربة جائزة تنفس بالفسخ والموت والجنون	٢٠٩ جواز القبول بالقول والفعل ، توكيل الوكيل غيره
١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة	٢١٠ تعليق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل
١٨١ انقاس القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه	٢١١ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز توكيل عبد غيره
١٨٣ المضاربة بتلف المال قبل الشراء	٢١٢ بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة
١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى صحيح وقاسد	٢١٣ كون الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين
١٨٥ جواز التأقيت في المضاربة	٢١٤ فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد
١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة واقسامها	٢١٥ بيان الامور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها والتي لا يجوز
١٨٨ فروع ومساائل في المضاربة الفاسدة	٢١٧ الولي في التكاح له التوكيل في تزويج موليته
١٩٠ بطلان المضاربة بالدين	٢١٨ فروع في التوكيل في الحصومة وفي اقراره على موكله
١٩١ صحة المضاربة بالوديعة	٢١٩ كون الوكيل يملك تسليم ما وكل في بيعه
١٩٢ صحة المضاربة بالمال المنصوب	٢٢١ أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى تلف الثمن
١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب	٢٢٢ اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه
١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك تقراض	٢٢٣ اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار الموكل
١٩٦ الاختلاف بين الشركاء في قبض عن البيع المشترك	٢٢٤ اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة
١٩٧ قبض أحد الشريكين بغير الدين المشترك بينهما بسبب واحد	٢٢٥ فروع في اختلاف الوكيل والموكل
١٩٩ فصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة	٢٢٦ اختلافهما في صيغة الوكالة
٢٠١ (كتاب الوكالة)	٢٢٨ اختلافهما في البيع نقداً أو سبئاً
٢٠٢ بيان الضوابط لمن يصح منه التوكيل والتوكيل	٢٢٩ متى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده
٢٠٣ بيان الامور التي يجوز التوكيل فيها	٢٣٠ حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً
٢٠٤ جواز اتوكيل في مطالبة الحقوق وانابها والمحاكمة فيها	

صفحة	صفحة
٢٦٧ كون الوكالة لا تثبت بخبر الواحد وكذلك الزل	٢٣٢ التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه
٢٦٨ الشهادة على التوكيل في الطلاق	٢٣٣ فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل
٢٦٩ حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه	٢٣٧ حكم شراء الوكيل والوصي من قسمها
٢٧٠ سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم	٢٣٨ شراء الحاكم أو أمينه من قسمها
٢٧١ (كتاب الاقرار) وثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع	٢٣٩ التوكيل في الزوجية واذن الوكيل في الشراء من نفسه
٢٧٢ الخلاف في اقرار الصبي المميز وصحته	٢٤٠ توكيل العبد في شراء نفسه من سيده
٢٧٣ فروع في أحكام اقرار المكره والعبد	٢٤١ فروع في تصرف الوكيل لنفسه
٢٧٤ أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه	٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل
٢٧٥ بيان من يصح الاقرار له حكم الاقرار للوارث	وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه
٢٧٦ حكم الاقرار بالمثل فروع في الاقرار للوارث	٢٤٣ خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف
٢٧٧ أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه	٢٤٤ تعدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه
٢٧٨ تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه استدراك	٢٤٥ توكيل امرأته لا ينقش بطلاقها ، توكيل المسلم كافر صحيح
٢٧٩ فروع في استثناء العين من الورق والسكنى	٢٤٦ تلف العين التي وكل فيها يطل الوكالة
٢٨٠ جواز استثناء بعض الداخل في المستثنى منه	٢٤٧ فروع في دفع الثمن الدين إلى الوكيل في القبض
٢٨١ أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها	٢٤٨ التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه
٢٨٢ بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق	٢٤٩ شراء الوكيل غير ما وكل في شرائه وأحكامه
٢٨٣ حكم الاستثناء بعد الاستثناء	٢٥٠ ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل نطقاً أو عرفاً
٢٨٤ فروع في الابدال من المقر به	٢٥٢ فروع في الامور التي لا يملك الوكيل العقد عليها
٢٨٥ الاخبار بقضاء الدين لا يكون إقراراً به	٢٥٣ فروع في التوكيل في الشراء
٢٨٦ فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به	٢٥٤ بيان مالا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه
٢٨٨ أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه	٢٥٥ حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسيئة بأكثر من التقدي
٢٨٩ فروع في الاقرار بالنصب	٢٥٦ البيع بأكثر من الثمن الذي عينه الموكل
٢٩٠ أحكام الاقرار بالبيع والمجهول	٢٥٧ فروع في تصرفات الوكيل المخالفة لاذن الموكل
٢٩١ الاقرار بالدرهم مطلقاً ينصرف الى الحياد الوافية الحالة	٢٦٠ التوكيل في شراء سلعة بوصفها
٢٩٣ الالفاظ التي يحصل بها الاقرار	٢٦١ فروع في الرد بالسبب وفي رد الوكيل والموكل
٢٩٤ فروع في الاقرار بدرهم مطلقاً ثم تفسيرها	٢٦٣ انتقال الملك من الناحية إلى الموكل في شراء الوكيل
٢٩٥ فروع في تكرار المقر به واتباعه مثله	٢٦٥ فصول في اشهادة على الوكالة وأحكامها

صفحة	صفحة
وذكر المشيئة بعد الاقرار ٣٣٤	حكم إقرار الابن بأخ له وإنكار النسب بعد
٢٩٧ فروع في حكم الاضراب يل ولكن	الافرار
بعد الاقرار	٣٣٥ إقرار المرأة بولدها وحكمه
٢٩٨ فروع مختلفة في الفاظ الاقرار المقبول منها وغيره	٣٣٦ الاقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد
٣٠١ استثناء ما زاد عن النصف غير جائز	٣٣٧ فروع في الاقرار بالمبهم
٣٠٣ الاستدلال على امتناع استثناء ما زاد على	٣٣٨ إقرار الوارث بدين على أبيه
النصف	٣٣٩ فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه
٣٠٤ استثناء النصف فيه وجهان	٣٤٠ الاقرار بضم المدعى لاحد المدعين
٣٠٥ استثناء المفسر من المبهم والعكس	٣٤١ لزوم المبين على من القول قوله لخصمه
٣٠٦ فروع في استثناء المفسر والمبهم	٣٤٢ حكم الاقرار بدين في مرض الموت
٣٠٨ الاقرار بالمال ثم تفسيره بوديعة ونحوها	٣٤٤ أحكام الاقرار للوارث
٣١٠ اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به	٣٤٥ حكم ما إذا أقر لوارث ثم صار غير وارث
٣١١ فروع في الاقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان	٣٤٦ بيان الاقرار لوارث وأجنبي
٣١٢ تفسير المقر لاقراره ومتى يقبل	٣٤٧ اقرار المريض بوارث أو بأجل أمة
٣١٣ أحكام الاقرار بالمجهول وصحته ووجوب	٣٤٨ بيان ما يثبت به الاقرار
تفسيره	٣٤٩ اتباع الاقرار بالمشيئة
٣١٥ الاقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير	٣٥٠ فروع في الصيغ التي يحصل بها الاقرار
٣١٧ استثناء المبهم وتفسيره	٣٥٣ التعليق في الاقرار . الاقرار بصيغة الشك
٣١٨ بيان ما إذا قال على كذا أو كذا كذا أو	٣٥٤ (كتاب العارية ومعناها وحكمها)
كذا وكذا	٣٥٥ الاستدلال على أن الاطرفة مندوبة غير واجبة
٣٢٠ الاقرار بالرهن وقول المالك انه وديعة	٣٥٦ اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها
٣٢١ فروع في اختلاف المقر والمقر له	٣٥٧ جواز الرجوع للمير متى شاء
٣٢٤ إقرار الرجل بحرية العبد ثم شراؤه له	٣٥٨ ضمان العارية بمنلها وردما ان كانت باقية
٣٢٥ إقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت	٣٥٩ أنما تصح العارية من جائز التصرف . اطرفة
٣٢٦ إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركونهم	كل ما يتفع به
٣٢٨ فروع في الاقرار بالنسب	٣٦٠ امتناع اطرفة العبد المسلم لكافر
٣٢٩ فروع في الاقرار بالوارث	٣٦١ للمستشير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله
٣٣٠ إقرار الوارث بمن يحجه	٣٦٢ أحكام اجارة المعار ورهنه
٣٣١ إنبات الارث والنسب بالاقرار	٣٦٣ فروع في رهن العارية
٣٣٢ الاقرار بالوارث	٣٦٤ جواز اطلاق العارية وتوقيتها
٣٣٣ شهادة الورثة العدول بنسب من يشاركونهم في الميراث	٣٦٥ فروع في رجوع المير في العارية . وحكمه

صفحة	صفحة
٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والييم والشرء فيها	٣٩٨ جواز استمارة الدابة ليركبها
٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرث نقصه	٣٩٩ فروع في الانتفاع بالمارية وفي مؤنة ردها
٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الناصب	٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاطارة والاجارة
٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الناصب	٣٧٢ دعوى الراكب الاطارة ودعوى المالك النصب
٤٠٣ تصرف الناصب في المنصوب وحكمه وما ذا يجب عليه ؟	٣٧٤ (كتاب النصب) ومناه ودليله من الكتاب والسنة والاجماع
٤٠٥ فروع في تصرف الناصب في المنصوب بزيادة أو نقص	٣٧٥ تصور غصب الاراضي والدور وضماها
٤٠٦ خلط المنصوب بشيء : حكم كسب المنصوب وغمائه	٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم غصب الكلب والخمر
٤٠٧ وطء البجارية المنصوبة وما ذا يجب على الواطيء الناصب ؟	٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب
٤٠٩ بيع الناصب للبجارية المنصوبة ووطء المشتري لها	٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وما ذا يجب فيه
٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا	٣٧٩ حكم القرس والبناء في أرض النير بشراذمه
٤١٣ إجارة الناصب للمنصوب باطلة	٣٨٠ فروع في القرس والبناء في الارض بنير إذن صاحبها
٤١٤ حكم ابداع المنصوب والتوكيل في يمه	٣٨١ تخصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالتها بطلب صاحبها
٤١٥ حكم حبة المنصوب وبطلان تصرفات الناصب	٣٨٢ فروع في غصب الارض
٤١٦ الاتجار بالأمان المنصوبة	٣٨٣ وجوب أجرة الارض على الناصب من حين غصبها إلى تسليمها
٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الناصب إذا لم يقدر على رده	٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها
٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملا فولدت في يد الناصب ثم مات ولدها	٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة
٤٢١ حكم ما إذا كان المنصوب من التليات وما ذا يجب فيه	٣٨٦ بيان قدر الارش في الجناية على المنصوب
٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجرة مثله ان كانت له أجرة	٣٨٨ الجناية على العبد المنصوب وما ذا يجب فيها
٤٢٤ حكم ما إذا غصبت شيئا وشغله بملكه	٣٨٩ حكم جناية العبد المنصوب وضماها على الناصب
٤٢٦ ابتلاع البهيمة للجوهرة المنصوبة	٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه
٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في ققم	٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع ثم
٤٢٨ وقوع الدبنار المنصوب في الحبرة وترقيع السفينة باللوح المنصوب	٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للناصب
٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تمييزه وخلطه بمثله من جنسه	٣٩٥ حكم ثمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة
٤٣٠ خلط المنصوب بغير منه أو دونه أو بغير جنسه	

صفحة	صفحة
٤٦٤	٤٣١ خلط المنصوب بما لا قيمة له وحكم صنع التوب
٤٦٥	٤٣٢ فروع في صنع التوب المنصوب
٤٦٧	٤٣٣ أقسام صنع التوب المنصوب وأحكامها
متقلا بموض	٤٣٦ إطلاع الطعام المنصوب لاجبي
٤٦٨	٤٣٧ فروع في إطلاع الطعام المنصوب للملك
٤٧٠	٤٣٨ اختلاف المالك والناصب في قيمة المنصوب
وفيا لانبج قسمته	٤٣٩ فروع في دعوى ملك المنصوب المبيع وإقامة
٤٧١	الينة به
٤٧٢	٤٤١ أحكام جنابة العبد المنصوب
٤٧٣	٤٤٢ حكم ضمان اتلاف الحمر والخزير للذي
٤٧٤	٤٤٣ حكم اتلاف الحمر والخزير من مسلم أو ذي
٤٧٥	٤٤٤ وجوب رد الحمر المنصوبة من الذي
٤٧٦	٤٤٥ إذا غصب كلباً مجوز اقتناؤه وجب رده
الشفعة في ذلك	٤٤٦ كسر آية الذهب والفضة وأوعية الحمر
٤٧٧	٤٤٧ فروع في كسر أوعية الحمر وحكمه
٤٧٨	٤٤٨ لا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحمر
٤٧٩	٤٤٩ فروع في اتلاف مال الغير أو التسبب فيه
٤٨١	٤٥١ الاتلاف بسبب الجدار المائل وما فيه من الأحكام
به المقد	٤٥٣ إيقاد النار في ملك الغير. الاتلاف بسبب البيعة
٤٨٢	وضمانه على من هي في يده
بالشفعة	٤٥٤ ضمان ما أتلقت البيعة من الزرع والشجر ليلا
٤٨٣	٤٥٦ أحكام اصطدام السفينتين وغرقها بذلك
٤٨٥	٤٥٧ الشهادة بالنصب. إلقاء المتاع من السفينة لنجاة
٤٨٦	من فيها
٤٨٧	٤٥٨ حكم دخول الأرض المنصوبة إذا كان فيها
المطالبة بها	قريب لد
٤٨٨	٤٥٩ (كتاب الشفعة) وثبوتها بالمشقة والاجماع
الشفيع	٤٦٠ حرمة الاحمال على إسقاط الشفعة
٤٩٠	٤٦١ شروط ثبوت الشفعة وكونها في المشترك المشاع
٤٩١	٤٦٢ الدليل على أن الشفعة لا تثبت للجار ولو ملاصقا
أوصلح دم عمد	٤٦٣ الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضا وما يتبعها

صفحة	صفحة
٤٩٢ تقديم الرد باليب على الاخذ بالشفعة	٥١٨ دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب
٤٩٣ تلف المبيع قبل قبضه يطل الشفعة وكذا ان	التائب أنه اشتراه منه
خرج الثمن مستحقا	٥١٩ فروع في دعوى استحقاق الشفعة
٤٩٤ بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة	٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه
٤٩٥ ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر	أنه يستحق ما في يديه بالشفعة
٤٩٦ حكم أخذ الولي بالشفعة لموليه	٥٢١ اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص
٤٩٧ بيع وصي الايتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر	٥٢٢ شراء شقص له شفيهان وادعاء عفو أحدهما
وأخذه بالشفعة	٥٢٣ بيان ان تقسيم الشقص على الشفهاء انما يكون
٤٩٨ عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ	بقدر حصصهم
٤٩٩ للعامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال	٥٢٤ فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفهاء
المضاربة	٥٢٧ حكم ما اذا ترك أحد الشفهاء حقه وماذا يفعله
٥٠٠ حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع	الاخرون ؟
٥٠٢ حكم الزرع في الارض المشفوعة وعاء المبيع في	٥٢٨ فروع في ان الشفعة لا تسقط لنية الشفهاء
يد المشتري	٥٣٠ اذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع
٥٠٣ تلف الشقص المشفوع أو بفضه في يد المشتري	أخذ نصيب أحدهما فقط
٥٠٥ اخذ الشقص المشفوع انما يكون بالثمن الذي	٥٣١ حكم بيع الشقص لثلاثة دفعه واحدة
الذي استقر عليه المقد	٥٣٢ تعدد الشقص المشفوع بتعدد الشركاء كدار
٥٠٦ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر	بين أربعة
عليه المقد	٥٣٤ رجوع الشفيع انما يكون على المشتري والمشتري
٥٠٧ أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلا	على البائع
٥٠٨ ثبوت الشفعة في الشقص اذا بيع مع مالا شفعة فيه	٥٣٥ حكم الشفيع في الرد باليب حكم المشتري من
٥٠٩ بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة	المشتري
٥١٠ عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة	٥٣٦ انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت
٥١١ امتناع الاحتيال على إسقاط الشفعة	٥٣٧ الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك
٥١٢ فروع في أنواع الاحتيال لإسقاط الشفعة	الميت طلبها
٥١٣ الاستدلال على تحريم الحيل في دين الله تعالى	٥٣٨ لإشهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة
٥١٤ عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون	٥٣٩ الوصية بالشقص المشفوع
القول قول المشتري	٥٤٠ حكم شراء المرتد للشقص المشفوع وأوردته
٥١٥ فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن	بعد الشراء
٥١٦ دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه	٥٤١ اذن الشريك في البيع ثم مطالبته بالشفعة
٥١٧ ادعاء المشتري ان الشراء لغيره	٥٤٢ توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة

صفحة	صفحة
٥٤٣ ضمان الشفيع للمهدة واختياره امضاء المقد لا	٥٧٢ كون خيار الشرط لا يثبت في المساقاة
يسقط الشفعة	٥٧٣ فروع في أن المساقاة لا تقتصر الى ضرب
٥٤٤ بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجنبي	مدة على القول بجوازها
نصيب أحدم	٥٧٤ هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا
٥٤٥ المصالحة على جزء من دار تثبت الشفعة في الباقي	والقول قوله
٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه ويبيع لاجنبي	٥٧٥ عجز العامل عن العمل . اختلافهما في الجزء
٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه	المشروط للعامل
٥٥١ بيان أن الشفعة لا تثبت لكافر على مسلم	٥٧٦ إنما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها
٥٥٢ ثبوت الشفعة للذي على الذي وحكمها في	٥٧٧ اشتراط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح
أهل البدع	٥٧٨ معاملة العامل في المساقاة لا آخر على الأرض
٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القرقي وسقوطها	والشجر لا يجوز
في سواد العراق	٥٧٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى
٥٥٤ (كتاب المساقاة) ومناها	يشمر جائزة
٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع	٥٨١ (باب المزارعة والتخايرة ومعناها)
٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المثمر	٥٧٢ المزارعة والتخايرة ومعناها
٥٥٧ عدم جوازها فيها لثمرتها له كالصفصاف والجوز	٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة
٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تصح أم لا	٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة
٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون	٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه
والكرم	٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الأرض
٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة	٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة
٥٦٢ اشتراط الامور التي تبطل بها المساقاة	٥٩١ صحة كون البذر منهما نصفين بشرط أن
٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه	يكون الزرع بينهما كذلك
٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر	٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة
٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة	٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة
٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فصله على	وأقسامها
العامل أو المالك	٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحب الأرض
٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد والقاط على العامل	ليزرعه في أرضه
٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة	٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا ثبت في الأرض عاما آخر
٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز	٥٩٦ اجارة الأرض خاصة وجوازها بالذهب
٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا	والووق والعروض
٥٧١ بيان ما يقتدر به أقل مدة المساقاة	٥٩٧ اجارة الأرض بالطعام وأقسامها وأحكامها

